

Regulación fragmentada en la OMC: el Acuerdo MSF y su relación con el artículo XX del GATT.

Aldo González Melo

Introducción.

El Derecho Internacional está de moda. Reticentes al principio, las personas y los Estados acuden hoy con regularidad las normas, estándares y principios que establece el Derecho Internacional; ya sea para fijar los parámetros de su conducta, ya para regular las actividades básicas o emergentes en determinada sociedad. Bajo esta dinámica, las actividades comerciales ya no pueden disociarse de los mecanismos internacionales de coordinación, se trate de tratados multilaterales o de organismos e instituciones de corte internacional. Es “difícil concebir actualmente un campo de actividad social que no esté sujeta a algún tipo de reglamentación jurídica internacional”.¹

Así, el Derecho Comercial Internacional ocupa un rol fundamental en la dinámica económica del orbe. La Organización Mundial de Comercio (“OMC”) ejerce gran influencia en la regulación del comercio internacional. La OMC proporciona el marco normativo más grande para la determinación de derechos y

¹ Comisión de Derecho Internacional, Reporte de la sesión 58 (2006), A/61/10, Capítulo XII, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional* (en adelante, “Reporte de Fragmentación de la CDEI”), párrafo 241, página 444.

obligaciones a cargo de los más de 150 países que la integran.² La actividad en el Sistema de Solución de Diferencias no ha dejado de crecer desde su creación en la primera mitad de los años noventa.

El 15 de abril de 1994, México firmó el Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y con ello, suscribió el Acuerdo que establece la Organización Mundial de Comercio (“Acuerdo sobre la OMC”).³

En 1995 entraron en vigor la mayoría de los acuerdos comerciales multilaterales de la OMC. Los principales son los acuerdos que integran el Anexo 1 del Acuerdo sobre la OMC (“acuerdos abarcados”). Su entrada en vigor coincidió con importantes reformas institucionales en México. Este paralelismo significó tierra fértil para la relación de nuestro país con la OMC. Desde ese año, México ha solicitado múltiples consultas ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (“OSD”) y ha litigado como parte reclamante y como parte demandada en una buena cantidad de disputas. En total, México se ha involucrado en 91 casos; 22 como parte reclamante, 14 como demandado y en 55 casos como tercero interesado. De la cifra total, 45 casos ameritaron la formación de un Grupo Especial para resolver la diferencia. Los informes emitidos por los Grupos Especiales fueron revisados, en su mayoría (porque hubo apelación), por el Órgano de Apelación y después aprobados por el

² El 31 de diciembre de 2011, Vanuatu ratificará su protocolo de adhesión y 30 días después se convertirá en el Miembro 154°. Rusia está en negociaciones para integrarse a la OMC.

³ El 13 de julio de 1994, el Senado de la República aprobó el Acta de la Ronda de Uruguay y por tanto, el Acuerdo de Marrakech que estableció la OMC. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994.

La incorporación al orden jurídico mexicano se dio el 30 de diciembre de 1994. El Decreto que promulgó el Acta Final de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales entró en vigor el 1° de enero de 1995.

Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.⁴ Los casos más recientes en los que México se ha involucrado son *China – Importaciones de Materias Primas*, en julio de 2011, y *Estados Unidos – Atún II (México)*, en septiembre de 2011.⁵

La agenda pendiente (no abarcada por la Ronda Uruguay) de acuerdos comerciales multilaterales no ha sido negociada. La Ronda Doha, llamada a continuar con esta agenda, ha fallado y las negociaciones se han estancado.⁶

Diferencias “irreconciliables” entre Estados Unidos, la Unión Europea y las principales economías que integran el “G20” han derivado en la suspensión repetida de las negociaciones multilaterales.

La falta de nuevos consensos confirma la importancia de comprender el régimen jurídico de la OMC. El Derecho de la OMC es un sistema normativo integrado por el Acuerdo sobre la OMC (y sus anexos o acuerdos abarcados), el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (“ESD”) y las reglas y principios del Derecho Internacional Público.

La principal función de la OMC es velar porque el comercio se realice de la forma más rápida, previsible y libre posible, sin menoscabar otros objetivos legítimos.⁷ El Derecho de la OMC debe

⁴ Véase la lista completa de diferencias por país en el sitio web de la OMC: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm.

⁵ Informes del Grupo Especial, *China – Medidas Relativas a la Exportación de Ciertas Materias Primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011 y *Estados Unidos – Medidas Relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381, 15 de septiembre de 2011.

⁶ El 28 de julio de 2006, el Consejo General de la OMC aprobó la recomendación del Director General Pascal Lamy de suspender las negociaciones de la Ronda de Doha “indefinidamente”. Ver: Sungioon Cho, *The WTO Doha Round Negotiation: Suspended Indefinitely*, American Journal of International Law, Volumen 10, Número 22, septiembre de 2006, <http://www.asil.org/insights060905.cfm#author>, fecha de consulta: 12 de junio de 2011.

⁷ La OMC se adjudica esta función en su página web: www.wto.org.

conciliar la promoción del comercio internacional con la salvaguarda de valores fundamentales para la comunidad internacional: la conservación del medio ambiente, la protección de la propiedad intelectual y la protección de la vida y la salud de las personas, los animales y las plantas, entre los principales.

La OMC enfrenta un problema que podríamos llamar de “ponderación” de valores o fines igualmente legítimos; es un organismo que busca alcanzar distintos objetivos en las relaciones comerciales multilaterales. En la OMC, la promoción de la actividad comercial y económica debe tender a elevar “los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios”.⁸

La OMC también es responsable de procurar que la promoción del comercio se comprometa con el *desarrollo sustentable* y el uso óptimo de los recursos. El comercio debe ser compatible con la protección del medio ambiente y en ese sentido, de los seres vivos.

La función del Derecho de la OMC es establecer un marco normativo multilateral dúctil, que dé cuenta de distintas materias y disciplinas. Constituye un marco de referencia para las disciplinas relacionadas con el comercio internacional, incluso para aquellas que lo restringen: es el vehículo a través del cual circulan valores, fines e intereses heterogéneos (incluso excluyentes entre sí) que tienden a mejorar las relaciones comerciales entre Estados, respetando la vida y entorno de los seres vivos. La OMC es entonces, *un lugar* donde confluyen valores y procedimientos comunicativos, bajo los imperativos de cooperación y coexistencia: en ese sentido es dúctil.⁹

El Sistema de Solución de Diferencias constituye un foro donde los Miembros de la OMC litigan y resuelven sus diferencias. Sus

⁸ Primer párrafo del Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.

⁹ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2007, páginas 14-16.

órganos jurisdiccionales son Grupos Especiales (paneles) que se integran *ad hoc* para resolver cada disputa. El Órgano de Apelación es un tribunal permanente que resuelve las impugnaciones hechas contra los informes distribuidos por los Grupos Especiales.¹⁰

Justificación del artículo

En México, el análisis sobre el Derecho de la OMC no es abundante. La agenda de estudios jurídicos está ocupada por temas constitucionales o de otras ramas del Derecho Internacional Público, principalmente las relacionadas con los derechos fundamentales.¹¹

Probablemente esa particularidad –*no ser tan pasional como otras ramas del derecho*– ha provocado que muchos operadores jurídicos en México desconozcan o ignoren las dinámicas del Derecho Comercial Internacional. Esa probabilidad cobra más sentido cuando se analizan los cursos que se imparten en las facultades de derecho del país. Mientras en ciertas latitudes el debate se centra en el “abandono” de *las humanidades* por parte de los sistemas educativos, en nuestro país parece haber varios rubros “abandonados”: humanidades, ciencias “exactas”, investigación, filosofía, etc.¹² En México, el Derecho de la OMC continúa siendo una disciplina poco estudiada y poco difundida. Las cátedras de esta materia están acotadas a un par de universidades

¹⁰ Para ser vinculante, un Informe (no apelado o después de la apelación) debe ser aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Los informes se aprueban en automático a menos que los Miembros se opongan por unanimidad; de lo contrario se adoptan y son vinculantes.

¹¹ El discurso de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las distintas teorías constitucionales son un ejemplo de la abundancia de argumentos al respecto.

¹² Martha C. Nussbaum, *Sin fines de Lucro: ¿por qué la democracia necesita de las humanidades?*, Katz Editores, Primera Edición, España, 2010, páginas 1-31; Rodolfo Vásquez, *Educación liberal: Un Enfoque Liberal y Democrático*, Fontamara, Segunda Edición, México, 1999.

y los operadores jurídicos a menudo confunden (o son completamente ajenos) al sistema normativo que rige las obligaciones multilaterales comerciales entre Estados. Incluso la Suprema Corte de Justicia ha mostrado, en algunos fallos, poco conocimiento sobre la configuración y el peso de los órganos jurisdiccionales de la OMC, así como de sus decisiones.¹³

Este trabajo tiene un doble propósito: difusión y análisis. El artículo busca dar herramientas al lector para que dimensione la relevancia de los derechos y obligaciones de un Miembro de la OMC; estudia los conflictos normativos que pueden surgir dentro del sistema. En particular, se ocupa de la tensión que existe entre la promoción del comercio internacional y las políticas públicas que un Estado puede adoptar para alcanzar la protección sanitaria y fitosanitaria de su población, tomando en cuenta que dichas políticas públicas pueden traducirse en medidas restrictivas para el comercio internacional.

Objeto de estudio. El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (“Acuerdo MSF”) forma parte del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC. Regula la introducción de este tipo de medidas, llamadas *medidas sanitarias y fitosanitarias* (en adelante “MSF”). La adopción de estas medidas constituye un derecho de todo Miembro de la OMC.

La estructura de la economía global y el constante cambio tecnológico han acrecentado dos preocupaciones. Primero, la posibilidad de que enfermedades, plagas o epidemias se transmitan a escalas globales, afectando la vida y salud de millones de seres vivos. Segundo, la introducción de medidas restrictivas al comercio amparadas en la primera posibilidad.

¹³ Véase por ejemplo el último considerando en el amparo en revisión 196/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veinte de junio de dos mil siete.

En 2009, México fue protagonista de una emergencia sanitaria y fitosanitaria derivada de la propagación del virus de influenza AH1N1. Aunque el debate mediático se centró en puntos divergentes, el evento dio lugar a la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias restrictivas al comercio, introducidas por países Miembros (y por no Miembros, como Rusia) de la OMC contra productos mexicanos.¹⁴

El caso del virus H1N1 ilustra el carácter latente de las MSF, que pueden aplicarse para un sinnúmero de situaciones dependiendo de la política sanitaria y fitosanitaria de los países, de los niveles de riesgos que están dispuestos a adoptar, del nivel de protección que desean y de las siempre dinámicas posibilidades que arrojan las nuevas tecnologías.

Una MSF puede ser introducida por un órgano legislativo o ejecutivo y después ser aplicada por una autoridad administrativa: sanitaria, aduanera o cualquiera relacionada con su aplicación. Las posibilidades son tan amplias como las herramientas de regulación del Estado.

En qué medida pueden aplicarse las MSF y hasta qué punto puede un Estado justificarlas depende principalmente de la información científica existente y de la evidencia que se tenga sobre los riesgos de cada producto.

Por ejemplo, la introducción y comercialización de un “Sistema Epidérmico Electrónico”, consistente en un polímero equipado con microchips y procesadores, capaz de adherirse a la epidermis de los seres humanos (para así proveer de información corporal). ¿Qué tipo de riesgos genera para la salud en el mediano plazo? ¿Qué debe hacer un Estado mientras se recaba información suficiente? ¿Puede

¹⁴ Cfr. Bradley J. Condon y Tapen Sinha, *Chronicle of A Pandemic Foretold: Lessons from the 2009 Influenza Epidemic*, publicado el 3 de mayo de 2009, Social Science Research Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1398445, fecha de consulta: el 29 de mayo de 2011.

prohibirse su importación por falta de información científica sobre sus riesgos?

Para determinar en qué medida pueden aplicarse las MSF es preciso analizar los derechos y obligaciones previstos en el Acuerdo MSF. La interpretación hecha por el Órgano de Apelación y los Grupos Especiales es indispensable para trazar el alcance de las normas.

Este artículo pretende contribuir a la difusión de los derechos y obligaciones que tiene México como Miembro de la OMC. La investigación hace un análisis normativo de disposiciones y decisiones relevantes bajo el sistema de Solución de Diferencias. Expone al lector la relación entre las excepciones generales del GATT de 1994 y el Acuerdo MSF, así como su importancia para todo el sistema.

Metodología y objeto del artículo.

Los fines y objetivos que buscan tanto el Acuerdo sobre la OMC como los acuerdos abarcados se circunscriben a la lógica de los sistemas de mercado. Asimismo, el lenguaje de los acuerdos abarcados refleja un serio respeto por los derechos y las prerrogativas soberanas de los Miembros, en tanto son producto de complejos procesos de negociación multilateral. En este sentido, esta investigación acepta los presupuestos teóricos e incluso filosóficos inherentes al sistema multilateral de la OMC, al sistema de mercado y al paradigma actual del Derecho Internacional Público.

El artículo se centra en el análisis de la jurisprudencia que ha generado la práctica de los Estados en el sistema de Solución de Diferencias de la OMC y en los métodos de interpretación usados y generalmente aceptados por la judicatura de la OMC.

En particular, se estudia la relación entre el Artículo XX del GATT y el Acuerdo MSF; se propone una interpretación para la aplicación de las excepciones generales del Artículo XX del GATT a

las disposiciones del Acuerdo MSF. El artículo basa sus premisas en la interpretación seguida por los Grupos Especiales y por el Órgano de Apelación en los casos que el autor considera más relevantes.

La hipótesis se construye a partir de tres doctrinas: la “interpretación evolutiva” de los tratados y acuerdos internacionales, la doctrina de la “proximidad de intereses” y la doctrina de la “interpretación efectiva” de los tratados. El artículo no pretende ser una predicción de futuras decisiones de la judicatura de la OMC. También, el trabajo toma en cuenta el mandato de los órganos jurisdiccionales y el ámbito material del propio sistema de la OMC, aunque estos no condicionan sus conclusiones.

Moral pública: Fuera del campo de estudio de este trabajo

En principio, este trabajo tenía un capítulo dedicado al concepto de “moral pública” bajo el Derecho de la OMC y a la interpretación del apartado a) del Artículo XX del GATT, que prevé una excepción general para medidas destinadas a proteger la “moral pública” de un Miembro. Por su lejanía con las materias del Acuerdo MSF, así como por la complejidad y magnitud que implicaban desarrollar el tema adecuadamente, decidí no incluir aquel capítulo. Sin embargo, invito al lector a tener presentes los potenciales problemas que pueden generar nociones tan amplias como “moral pública” y “orden público”, tratándose de obligaciones que comprometen a un Estado y de medidas que pretenden recoger la “moral” de una sociedad. Por otro lado, reconozco que hay temas pendientes de discusión, principalmente los relacionados con la Bioética en la prevención, cautela y manejo de riesgos. Por último, invito al lector a relacionar los temas de este artículo con la posibilidad de que altos funcionarios “obliguen” a los Estados que representan durante el trámite de

diferencias en el sistema de la OMC, a través de declaraciones unilaterales.¹⁵

Argumentos Centrales.

El artículo se divide en 3 capítulos y argumenta fundamentalmente lo siguiente: El Artículo XX del GATT puede justificar medidas al amparo del Acuerdo MSF; particularmente aplican las excepciones contenidas en los apartados b) y g). La cuestión de si es posible justificar medidas al amparo de los demás acuerdos abarcados, invocando las excepciones generales del Artículo XX del GATT, es de importancia sistémica y debe determinarse caso por caso.

Para sostener la tesis se utilizan principalmente dos medios de interpretación, bajo la doctrina de los intereses próximos: la interpretación efectiva de los tratados y el método evolutivo. Se sostiene que ambas son herramientas ideales para ampliar el ámbito de aplicación del Artículo XX hacia el Acuerdo MSF, porque tienen respaldo tanto en el Derecho Internacional Público como en la jurisprudencia de la OMC. Asimismo, se sostiene que la aplicación de estos dos métodos interpretativos no contraviene las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, principalmente porque la labor de interpretar instrumentos se ha vuelto más compleja a partir del fenómeno de la fragmentación del Derecho Internacional. Se sostiene que las normas del Derecho de

¹⁵ Ver Daniel Ruíz Lare, Los criterios de definición de “orden público” como excepción a las obligaciones en el Derecho de la OMC, CDEI, ITAM, 2011 páginas 2-3. Publicado en la página web:

http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/Orden_publico_en_OMC.pdf;

la OMC deben ser capaces de resolver los problemas actuales que enfrenta el comercio internacional.

El Acuerdo sobre la OMC debe interpretarse como un todo y cualquier vocación de coherencia en el sistema de la OMC debe tener en cuenta la complejidad de la fragmentación para evitar la creación de un sistema autorreferente y cerrado.

Se argumenta a favor de la aplicación del Artículo XX a los acuerdos abarcados como una solución deseable para interpretar armónicamente los fines y objetivos legítimos que la OMC reconoce. La propuesta responde a razones de coherencia sistémica, equidad procesal y equilibrio de valores e intereses igualmente protegidos dentro del Derecho de la OMC.

La aplicación específica de cada excepción es una cuestión a determinar dependiendo de: 1) el diseño de las medidas; y 2) la proximidad de las disciplinas de un acuerdo abarcado con los objetivos que establecen las excepciones particulares del Artículo XX.

El Acuerdo MSF regula disciplinas contrastantes con los objetivos que establece el apartado a) del Artículo XX. El carácter objetivo y las exigencias científicas del Acuerdo MSF son contradictorios con conceptos demasiado abiertos como el de “moral pública”. Por el contrario, las disciplinas del Acuerdo MSF relativas a la protección de la salud y la vida de los seres vivos son compatibles con los fines y los objetivos establecidos en los apartados b) y g) del Artículo XX del GATT. La aplicabilidad del Artículo XX para justificar disposiciones del Acuerdo MSF se funda en la estrecha relación que hay entre el comercio de bienes y las disciplinas que tienen que ver con medidas ambientales. Las medidas ambientales son un género que abarca tanto a las medidas para proteger la salud pública como a las medidas de conservación de recursos naturales. Los capítulos se distribuyen así:

Capítulo 1: Nociones básicas en el sistema de solución de diferencias de la OMC y derechos y obligaciones más importantes del Acuerdo MSF.

Capítulo 2: Expone el fenómeno de la fragmentación en el Derecho Internacional Público y desde ese enfoque desarrolla métodos de interpretación aplicables al Derecho de la OMC. Se exponen métodos interpretativos reconocidos en la jurisprudencia de la OMC.

Capítulo 3: Argumentos centrales sobre la relación entre el Acuerdo MSF y el Artículo XX del GATT. Se ponen en relieve los puntos de conexión entre ambos acuerdos y se contrastan argumentos a favor y en contra de la aplicación, partiendo de dos casos relevantes que soportan una y otra hipótesis. Por último, se sostiene la aplicación del Artículo XX (b) y XX (g) al Acuerdo MSF con base en las conclusiones sobre la proximidad de intereses y la posibilidad de adoptar medidas ambientales que abarcan las disciplinas las disposiciones analizadas.

I. El Acuerdo MSF y su rol en la OMC.

1. Introducción. No somos un club de suicidas: MSF como política pública.¹⁶

El Acuerdo Sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias entró en vigor el 1° de enero de 1995, en el marco de los llamados acuerdos abarcados de la OMC. El Acuerdo MSF es un tratado multilateral que regula los derechos y obligaciones de los Estados con respecto a la adopción y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias.

Las medidas sanitarias y fitosanitarias son aquellas destinadas a la protección de la vida y la salud de las personas, los animales y las plantas que habitan el territorio de un Estado Miembro de la OMC. El Acuerdo MSF fue negociado para establecer un equilibrio entre el fomento al comercio internacional y la protección de los seres vivos.¹⁷

El intercambio de productos y mercancías tiene un lado oscuro. Riesgos de todo tipo pueden surgir en un mundo cada vez más interconectado. Aunque hay innegables diferencias en las agendas nacionales e internacionales, los seres humanos como especie tienen un conjunto de características en común: un conjunto de necesidades y de capacidades que hacen posible la vida en sociedad y la coordinación Estatal. Uno de estos factores en común es la *vulnerabilidad* de la vida. A pesar del poderío tecnológico que impera

¹⁶ Hago alusión a la conocida frase de Ronald Dworkin: “La humanidad no es un club de suicidas”. Dworkin se refería a que la humanidad, en principio, no busca su *autodestrucción*, sino más bien tiene una vocación de supervivencia, vocación que se refleja en reglas y principios jurídicos con contenido moral.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE –Hormonas*, párrafo 177.

y de los constantes avances en la medicina, la salud y la vida de los seres vivos siguen teniendo límites muy frágiles. Los seres vivos somos frágiles. Garantizar la vida y la salud de las personas es una condición mínima para desarrollar otros aspectos de la humanidad. Sólo si estos aspectos básicos son realizables pueden plantearse cuestiones más complejas.¹⁸

El reconocimiento de esta vulnerabilidad está detrás del Acuerdo MSF, que aplica a las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas por un Miembro de la OMC para proteger a su población y a los seres vivos que viven en su territorio de cualquier riesgo que atente contra los satisfactores básicos de una sociedad.

Los Miembros buscan alcanzar sus políticas a través de medidas. Una medida es impugnabile bajo el sistema de Solución de Diferencias si consiste en:

1. la aplicación de una norma o una regla en una situación específica;
2. la impugnación “en sí misma” de una norma o regla de aplicación general y prospectiva.¹⁹

Así, una medida es cualquier política pública que conduce un Estado Miembro a través de sus órganos o a través de los sujetos que actúan (o no actúan) desempeñando funciones atribuibles al Estado (*decisión-makers*).²⁰

¹⁸ Cfr. Martha C. Nussbaum, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, Inglaterra, 2009.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Examen por extinción: acero resistente a la corrosión, WT/DS244/AB/R, 15 de diciembre de 2003, párrafos 81-89.

²⁰ Tanto tribunales internacionales como constitucionales han interpretado que los sujetos o instituciones que desempeñan funciones atribuibles al Estado

Una medida puede hacer aplicables distintos acuerdos abarcados a la vez. Por ejemplo, una ley doméstica en materia fiscal, que grave productos que usan plásticos por considerarlos nocivos para el medio ambiente, estaría sujeta a las obligaciones del Artículo III del GATT de 1994 y a la vez constituiría una medida sanitaria y fitosanitaria en los términos del Acuerdo MSF, si demuestra que su aplicación se da para proteger, la vida y la salud de personas, animales o vegetales.

El Preámbulo del Acuerdo MSF reafirma que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas *necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales*, siempre que dichas medidas no se apliquen de forma que constituyan discriminación arbitraria o injustificable entre Miembros donde prevalezcan las mismas condiciones, y siempre que no constituyan una restricción encubierta al comercio internacional.

El objeto y fin del tratado están desarrollados en los párrafos del Preámbulo: 1) *mejorar* la salud de los seres vivos y la situación fitosanitaria en el territorio de todos los Miembros; 2) establecer un *marco multilateral* de normas que sirvan de guía para el diseño, adopción y observancia de las MSF y así reducir los efectos negativos en el comercio; 3) fomentar la *armonización* de las MSF entre los Miembros sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales, sin que ello requiera que los Miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales; y 4) *elaborar normas para la aplicación de las disposiciones del GATT de 1994*

(históricamente o por mandato constitucional delegable) son sujetos de control constitucional o internacional. El mismo estándar se utiliza para identificar determinadas medidas bajo el Derecho de la OMC. Véase, por ejemplo: Sentencia *Eldrige v. British Columbia (Attorney General, S.C.R. 624)*, de 9 de octubre de 1997 de la Corte Suprema de Canadá, párrafo 20, página 23.

*relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las disposiciones del Artículo XX(b).*²¹

El objetivo 4) es de especial relevancia, pues constituye el vínculo normativo entre el Acuerdo MSF y el GATT de 1994. La referencia expresa al Artículo XX (b) del GATT se abordará en los siguientes capítulos.

El Acuerdo MSF es ambivalente. Por un lado, reconoce que los Miembros de la OMC tienen el derecho soberano de adoptar medidas internas que consideren necesarias para alcanzar su nivel apropiado de protección para la vida y la salud de las personas, los animales y las plantas.²² Por el otro, el Acuerdo MSF es una herramienta de regulación internacional que hace frente a un problema muy específico: cómo evitar que las MSF se apliquen como una restricción encubierta al comercio internacional (obstáculos no arancelarios).

La Agencia de Cooperación e Información para el Comercio Internacional ha identificado este carácter ambivalente:

“[E]l Acuerdo MSF tiene como objetivo específico responder a dos preguntas que todo gobierno tiene derechos a hacerse a sí mismo:
¿Cómo podemos garantizar que los productos que estamos importando son aptos para el consumo y no ponen en peligro la vida o la salud de los ciudadanos, animales y plantas de nuestro país?

¿Cómo podemos garantizar a nuestros socios comerciales que las medidas que estamos tomando para proteger la vida y la salud de

²¹ Bradly J. Condon, “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”, Monografía en Centro de Derecho Económico Internacional (en adelante “CDEI”), ITAM, 2010, <http://tinyurl.com/435huf5>, fecha de consulta: 20 de mayo de 2011.

²² Preámbulo del Acuerdo MSF.

nuestros consumidores no sirven, de hecho, para proteger a nuestros productores?”²³

Asimismo, el Órgano de Apelación, en el asunto *CE – Hormonas*, dijo que los requisitos establecidos en el Acuerdo MSF para la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias:

“...son esenciales para mantener el equilibrio delicado y cuidadosamente negociado en el Acuerdo MSF, entre los intereses compartidos, aunque algunas veces competidores, de promover el comercio internacional y proteger la vida y la salud de los seres humanos...”²⁴

La misión del Acuerdo MSF es compleja. Millones de productos se mueven de un rincón del planeta a otro. Miles de toneladas de mercancías se introducen en cientos de territorios.

Frente a este inconmensurable dinamismo, ¿qué mecanismo específico puede condensar los intereses legítimos a los que se refiere el Órgano de Apelación? ¿Qué disciplina garantiza que la ponderación de intereses igualmente legítimos no sea arbitraria o parcial?

El método elegido por los Miembros de la OMC es el mismo que ha hecho posible la dinámica comercial de la que hablamos: la ciencia. La investigación científica fue la solución más viable para racionalizar la disyuntiva entre proteger la vida de los seres vivos y fomentar el comercio internacional. De esta forma, el Acuerdo MSF prevé como criterios fundamentales para el establecimiento de MSF: 1) que estén basadas en principios científicos; 2) que se mantengan con evidencia científica suficiente; y 3) que se adopten con base en evaluaciones científicas de riesgo.

²³ Véase: “Acuerdo de la OMC sobre medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Notas sobre Comercio y Desarrollo”, ACICI, mayo de 2009.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177.

Dentro del arsenal de técnicas regulatorias de un Estado moderno, las medidas basadas en análisis científicos y en complejas evaluaciones de riesgo han cobrado mayor relevancia en países con los medios tecnológicos para diseñarlas. Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, China y Alemania son un buen ejemplo de países capaces de diseñar y conducir medidas regulatorias altamente tecnológicas.²⁵

Lo anterior no implica que sólo los países desarrollados puedan implementar MSF “estado del arte”. El propio Acuerdo MSF prevé un “trato especial y diferenciado” para los países en desarrollo que, por tener dicha condición, puedan enfrentar dificultades en la adopción e implementación de medidas sanitarias y fitosanitarias.²⁶

Los Artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF son la “piedra angular” del régimen de derechos y obligaciones para los Miembros. Otras disposiciones regulan lo conducente en materia de armonización de criterios, guías y estándares internacionales. También existe un capítulo relativo a la transparencia en la adopción de este tipo de medidas.

El Acuerdo MSF prevé la existencia de organizaciones internacionales en materia de protección sanitaria y fitosanitaria. El Artículo 12 del Acuerdo MSF estableció el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (“Comité MSF”).

El Comité MSF adopta decisiones por consenso, fomenta la celebración de consultas entre los Miembros y de negociaciones *ad hoc* sobre cuestiones concretas.²⁷ Asimismo, fomenta la utilización de

²⁵ El informe del Grupo Especial en *China – Materias Primas* da cuenta de esta posibilidad.

²⁶ Artículo 10 del Acuerdo MSF. El Preámbulo del acuerdo también hace una mención expresa de esta situación.

²⁷ El 30 y 31 de marzo de 2011, el Comité MSF adoptó 5 medidas enunciadas en un informe sobre la forma en que los Miembros de la OMC podrían abordar normas del sector privado sobre inocuidad de los alimentos y sanidad animal y vegetal.

normas, directrices o recomendaciones internacionales y de todo acto tendiente a lograr la armonización en el sistema para la aplicación de las MSF.

El Artículo 3 del Acuerdo MSF prevé que “para armonizar en el mayor grado posible las MSF, los Miembros basarán sus medidas en normas, directrices o recomendaciones internacionales”. Se menciona expresamente a la Comisión Mixta de FAO/OMS del Codex Alimentarius y a la Oficina Internacional de Epizootias como las organizaciones de normalización competentes en materia de inocuidad de los alimentos.

En 2007, la Secretaría de la OMC elaboró un informe sobre la relación entre el Comité MSF, la Organización Internacional Mundial de Sanidad Animal (“OIE”) y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (“CIPF”) de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (“FAO”).²⁸

Antes de analizar la parte sustantiva del acuerdo, se trazará un “mapa” para determinar qué debemos entender por “medida sanitaria y fitosanitaria”.

2. Ciencia y evaluación de riesgos: derechos y obligaciones bajo el Acuerdo MSF.

A. ¿Qué es una medida MSF?

En términos generales, son medidas sanitarias y fitosanitarias (“MSF”) todas las acciones u omisiones, atribuibles a un Estado, tendientes a la protección de la vida y la salud de las personas y de los animales, así como a la preservación de los vegetales, frente a los

Consultado en la página web de la OMC el 3 de junio de 2011: http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/sps_30mar11_s.htm.

²⁸ Nota **G/SPS/GEN/775** de la Secretaría de la OMC, de 15 de mayo de 2007.

posibles riesgos que puede generar la introducción de productos o mercancías en el territorio de un Estado Miembro.

Para determinar si una medida en particular entra dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF, primero debe determinarse si la medida puede ser impugnada bajo el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Al respecto, el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos –Acero resistente a la corrosión*, estableció:

“... comenzamos con el concepto de “medida”. El párrafo 3 del artículo 3 del ESD se refiere a ‘situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro’. Esta frase identifica el vínculo pertinente, a los efectos del procedimiento de Solución de Diferencias, entre la “medida” y un “Miembro”.

En principio, *todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de Solución de Diferencias. Los actos u omisiones que pueden ser atribuidos de ese modo son habitualmente los actos u omisiones de los órganos del Estado, incluidos los del poder ejecutivo.*”²⁹ [Énfasis]

Una ley, un reglamento, un acto administrativo o una resolución judicial son medidas que pueden ser sometidas al escrutinio del sistema de Solución de Diferencias de la OMC:

“Siempre que un Miembro respete los principios establecidos en los párrafos 7 y 10 del artículo 3 del ESD, es decir, “reflexionar sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos” y entablar el procedimiento de Solución de Diferencias de buena fe, dicho Miembro tiene derecho a solicitar que un grupo especial

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, párrafo 81 y nota 79.

examine las medidas que el Miembro considera que anulan o menoscaban sus ventajas.”³⁰

En el asunto *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación dijo que la expresión “todas las medidas” abarcaba las medidas ya existentes antes del 1° de enero de 1995, por lo que habilitó la aplicación retroactiva del Acuerdo MSF.³¹

Hay 2 requisitos acumulativos para determinar si aplica el Acuerdo MSF: 1) que la medida sea una medida sanitaria o fitosanitaria de conformidad con las definiciones establecidas en el Anexo A del acuerdo; 2) que afecte directa o indirectamente al comercio internacional.

1) *Que la medida sea una MSF definida en Anexo A.*³²

El Artículo 1.2 del Acuerdo MSF hace referencia expresa a las definiciones contenidas en el Anexo A. Las dos primeras frases del párrafo 1 del anexo constituyen el primer requisito acumulativo. La primera frase define el término medida sanitaria o fitosanitaria como “toda medida aplicada”:

“a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;

b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de

³⁰ *Ibidem*, párrafo 89.

³¹ Sobre retroactividad e impugnación de leyes “en sí mismas” véase: Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de 1916*, párrafos 62, 68 y 75.

³² Los anexos del acuerdo forman parte integrante del Acuerdo MSF.

aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;³³

c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o

d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.”

La última frase del párrafo 1 define los “tipos” de medidas que son objeto de las disciplinas del Acuerdo MSF:

“Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.”

En cualquier diferencia entre Miembros de la OMC, es una cuestión fundamental identificar cuáles son las medidas en litigio. Qué tipo de MSF prevé la frase transcrita fue una cuestión que permaneció

³³ *Pienso*.- Porción de alimento seco que se da al ganado. Diccionario de la Real Academia Española, 23ª edición.

poco clara hasta que el Órgano de Apelación resolvió la apelación en el asunto *Australia –Manzanas*.³⁴

En *Australia –Manzanas* interpretó la frase “todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes” como un listado taxativo de 5 conceptos. El informe del Grupo Especial fue apelado y finalmente, el Órgano de Apelación clarificó el alcance del segundo párrafo del Anexo A.

El Órgano de Apelación observó que la última frase del párrafo 1 establece una *lista indicativa de instrumentos* que se refieren a los objetivos de la primera frase, esto es, que los “tipos” definidos en la última frase constituyen una lista de ejemplos de medidas que pueden estar comprendidas en la definición de MSF, “siempre que la medida ponga de manifiesto una relación clara y objetiva (sea “aplicada” para) con al menos uno de los objetivos establecidos en los incisos que van del a) al d).³⁵

En suma, la primera frase del párrafo 1 del Anexo A establece la lista de objetivos que son materia de una MSF; la última frase define una variedad de instrumentos regulatorios para aplicar la medida. El nivel adecuado de protección elegido por un Miembro constituye un “objetivo” y la medida MSF un “instrumento” para alcanzarlo.³⁶ Ambos elementos constituyen el primer requisito en el criterio de aplicación del Acuerdo MSF.

2) *Que la medida afecte el comercio internacional, directa o indirectamente.*

El segundo requisito no es complicado. Basta con que la medida identificada produzca una afectación en la relación comercial entre

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, de 29 de noviembre de 2010.

³⁵ *Ibidem*, *Australia – Manzanas*, párrafos 175-176.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 200.

dos Miembros, de *iure* o de *facto* para considerarlo satisfecho. La jurisprudencia ha considerado que no es necesario probar que la medida tiene “efectos reales” en el comercio internacional.³⁷

Si se cumplen los dos requisitos, el Acuerdo MSF aplica.

B. *Distinguiendo: aplicación de MSF.*

La definición de medida MSF es pertinente en tanto una medida es “aplicada para” alguno de los objetivos enlistados en el primer párrafo del Anexo A. No obstante, la ejecución de una medida puede adoptar diversas y a veces muy complejas formas.

Es necesario distinguir entre la aplicación de una medida MSF y la ejecución de cualquier medida que afecta el comercio internacional, principalmente cuando la ejecución tiene lugar con posterioridad a la adopción de una MSF.

La aplicación de una medida MSF es un derecho legítimo de todo Miembro de la OMC. Para poder aplicar una MSF, primero debe determinarse si a ésta le aplican las disposiciones del Acuerdo MSF. Si no se tiene cuidado en el análisis de esta cuestión, la ejecución de una medida que restringe el comercio internacional podría camuflarse como la aplicación de una medida MSF legítima. En otras palabras, un Miembro podría ejecutar una restricción comercial indebida bajo el “disfraz” de una medida MSF, una restricción encubierta al comercio internacional.

La palabra “aplicada” apunta a la aplicación de la medida y, por consiguiente, sugiere que *la relación* entre la medida y alguno de los objetivos enumerados en el párrafo 1 del Anexo A *debe ser evidente* en la propia medida o desprenderse claramente de las circunstancias

³⁷ Informe del Grupo Especial, *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1334.

relativas a la aplicación. Esto indica que se debe determinar la finalidad de una medida sobre la base de consideraciones objetivas.³⁸

Si la aplicación no guarda una relación objetiva con la medida MSF, entonces debe concluirse que dicha aplicación constituye en realidad la ejecución de otra medida que afecta el comercio internacional y que potencialmente puede configurar una restricción encubierta al comercio. El planteamiento anterior guarda especial relevancia cuando un Miembro aplica *medidas no escritas*.

C. *Medidas no escritas.*

Para determinar si una norma es impugnabile bajo el sistema de Solución de Diferencias de la OMC no es necesario que esté expresada en un instrumento escrito.

En el contexto del Acuerdo Antidumping, el Órgano de Apelación constató que no hay razón para sostener que sólo un tipo específico de medidas puede ser sometido a las obligaciones bajo el Derecho de la OMC:

“No hay fundamento alguno, ni en la práctica del GATT y la OMC en general ni en las disposiciones del *Acuerdo Antidumping*, para constatar que únicamente determinados tipos de medidas puedan ser impugnadas, en sí mismas, en el procedimiento de Solución de Diferencias al amparo del *Acuerdo Antidumping*”.³⁹

Es más complicado identificar y evaluar una medida que no está consagrada en algún estatuto normativo que una que sí lo está, independientemente de los problemas de ambigüedad y vaguedad con los que el lector ya debe estar familiarizado.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 174.

³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Reducción a Cero (CE)*, párrafo 88.

Para someter una medida al Derecho de la OMC, primero debe identificarse qué tipo de medida es. Esta operación “es especialmente importante cuando se trata de medidas no escritas”. Por tanto, debe conducirse un examen separado de su compatibilidad con las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados.⁴⁰

En el asunto *Estados Unidos –Reducción a Cero (CE)*, el Órgano de Apelación estableció un triple criterio para determinar si una medida “que no está escrita” puede ser materia del Sistema de Solución de Diferencias y en consecuencia, estar sujeta a las obligaciones de los acuerdos abarcados:

1. Que la medida (regla o norma alegada) sea atribuible a un Miembro;
2. Que pueda determinarse el contenido exacto de la medida; y
3. Que su aplicación sea general y prospectiva.⁴¹

Estos requisitos son acumulativos, los tres deben probarse para que la medida sea materia del Derecho de la OMC. Para impugnar una medida no escrita “en sí misma”, la parte reclamante en una diferencia tiene la carga de probar “con claridad” este triple criterio. Las pruebas pueden incluir medios que acrediten la *aplicación sistemática* de la “regla o norma” impugnada.

En *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, Filipinas impugnó una norma ejecutada por las autoridades aduaneras de Tailandia.⁴² Dicha medida constituía una *medida no escrita*, consistente en “el rechazo sistemático del valor declarado (de los productos) y el empleo sistemático del sistema de valoración deductivo”, ambas actividades

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 203.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 198.

⁴² En la reunión de 15 de julio de 2011, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación.

conducidas por la autoridad aduanera tailandesa. El Grupo Especial observó que una medida no escrita atribuible a la autoridad aduanera de un Estado Miembro puede ser objeto de obligaciones bajo los acuerdos abarcados de la OMC, siempre que satisfaga los criterios fijados en *Estados Unidos –Reducción a Cero*: “...*Con respecto a si las reglas o normas no escritas también pueden constituir una medida.*”⁴³

El Grupo Especial también dijo:

“... el Órgano de Apelación ha observado que un grupo especial no debe presuponer con ligereza la existencia de una 'norma o regla' *que constituye una medida de aplicación general y prospectiva, especialmente cuando no se expresa en forma de documento escrito.* Si un grupo especial obrara así, actuaría de manera incompatible con su obligación, en virtud del artículo 11 del ESD, de 'hacer una evaluación objetiva del asunto' que se le ha sometido”.⁴⁴ [Énfasis]

Filipinas no pudo probar que la aplicación de la medida no escrita de Tailandia era de aplicación general y prospectiva, por lo que el Grupo Especial consideró que la ejecución llevada a cabo por la autoridad aduanera de Tailandia no era una medida sujeta al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

La impugnación de MSF introducidas por un Miembro *no está limitada ni cuantitativa ni cualitativamente*, por lo que un reclamante podría –con derecho– alegar que una pluralidad de medidas (escritas, no escritas, aplicadas, de ejecución, de procedimiento, etcétera) es inconsistente con las obligaciones del GATT y del Acuerdo MSF.

⁴³ El Grupo Especial dijo: “...*la norma general supuestamente mantenida por Tailandia no tiene la forma de documento escrito, nuestro análisis de la alegación de Filipinas se orientará por los criterios precedentes, establecidos por el Órgano de Apelación, que corresponde aplicar al examinar la impugnación de una norma o regla no escrita como medida "en sí misma."*”

⁴⁴ Informe del Grupo Especial, *Tailandia –Filipinas*, párrafos 7.113 y 7.114.

El análisis de un grupo especial al conocer de una diferencia donde se impugne una multiplicidad de MSF, debe determinar si cada una de ellas, en lo individual, constituye una MSF en los términos del Anexo A del Acuerdo MSF.⁴⁵

Analizar cuál es el propósito de una medida, delinear cómo está diseñada y cuál es su arquitectura, son actividades básicas para determinar la relación que guarda el Acuerdo MSF con las excepciones generales del Artículo XX del GATT. En el Capítulo 4 se retomará el tema de los propósitos que pueden tener las medidas MSF.

En conclusión, para que el Acuerdo MSF aplique, una medida introducida por un Miembro debe: 1) ser susceptible de ser impugnada bajo el sistema de Solución de Diferencias de la OMC, ya sea que se exprese en forma escrita o no escrita; 2) satisfacer las definiciones del Anexo A; y 3) afectar directa o indirectamente al comercio internacional.

3. Principios científicos.

A. La triple obligación del Artículo 2.2.

El Artículo 2 es la norma fundamental del Acuerdo MSF. Constituye el parámetro que da sentido al resto de sus disposiciones. El Artículo 2.1 consagra el derecho de todo Miembro a introducir las MSF, siempre que no sean incompatibles con el resto de las disposiciones del propio Acuerdo MSF. Las obligaciones que impone el Artículo 2 están diseñadas bajo la lógica del método científico. Por

⁴⁵ En *Australia – Manzanas* el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en el sentido que las 16 medidas impugnadas por Nueva Zelanda constituían MSF. Rechazó el argumento de Australia sobre la existencia de (y necesidad de distinguir entre) medidas “principales” y medidas “accesorias”, porque “no hay nada en el contexto del Acuerdo MSF que apoye la distinción propuesta. También rechazó los conceptos de medidas “compuestas” o “reforzadas”, Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 181.

tanto, bajo la óptica de la ciencia (deductiva, objetiva) debe entenderse el Acuerdo MSF. El Artículo 2.2 establece una triple condición (o si se quiere, una triple obligación) que debe satisfacer cualquier medida MSF para ser consistente con el Acuerdo MSF:

“Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del Artículo 5.”⁴⁶

Las 3 obligaciones básicas del Artículo 2.2 son:

1. Que la medida MSF sólo se aplique cuando sea *necesaria* para la protección de la vida y salud de las personas, los animales y las plantas o para la conservación de los vegetales;
2. Que la medida MSF esté basada en *principios científicos*;
3. Que la medida no se mantenga *sin testimonios científicos suficientes*, salvo lo dispuesto por el Artículo 5.7 del Acuerdo MSF.⁴⁷

Si surge una diferencia entre Miembros, la carga de la prueba corresponde al reclamante, quien debe acreditar *prima facie* la incompatibilidad de una medida MSF con las disposiciones del Acuerdo MSF. Cuando la acreditación *prima facie* está satisfecha, la carga de la prueba se invierte hacia el demandado, quien deberá

⁴⁶ Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.

⁴⁷ El Artículo 5.7 regula las medidas MSF provisionales.

demostrar que sus medidas son compatibles con el Acuerdo MSF.⁴⁸ El rigor probatorio para establecer una presunción *prima facie* está influenciado por la alegación del reclamante y “variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso”.⁴⁹

3A.a. Primera obligación: El estándar de necesidad.

El Órgano de Apelación ha interpretado la expresión “necesarias para” en el contexto del Artículo XX (b) del GATT. El Preámbulo del Acuerdo MSF establece que uno de los objetivos del acuerdo es desarrollar las disposiciones del GATT, “particularmente el Artículo XX (b)”. Así, los criterios desarrollados por el Órgano de Apelación son *orientadores* para determinar el significado de la expresión “necesarias para”. Lo anterior, sin pasar por alto que el Artículo XX (b) es una excepción y que el Artículo 2.2 establece un derecho, por lo que éste último debe interpretarse más ampliamente que la primera. En *Estados Unidos –Juegos de Azar*, el Órgano de Apelación estableció el estándar de “necesidad” que opera en el contexto del Artículo XX del GATT. Los elementos acumulativos para considerar que una medida es “necesaria” son:⁵⁰

1. la importancia relativa de los intereses o valores en juego;
2. la contribución de la medida al propósito (o fines) que se persigue;
3. la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional; y

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 98.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camisas y blusas*, página 25.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de Azar*, 20 de abril de 2005, párrafo 306.

4. la existencia de medidas alternativas, razonablemente al alcance del Miembro.⁵¹

La jurisprudencia ha interpretado el estándar de necesidad de la misma forma en el contexto de los apartados a), b) y d) del Artículo XX del GATT y para interpretar el Artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“AGCS”).

No obstante, en *Estados Unidos – Atún II (México)* el Grupo Especial interpretó la expresión “necesario” en el contexto del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (“Acuerdo OTC”) de forma diferente.

Dijo que contrario a lo que ocurre en el Artículo XX del GATT y en el Artículo XIV del AGCS, en el Artículo 2.2 del Acuerdo OTC, el aspecto de la medida que ha de justificarse como “necesario” es el grado de *restricción al comercio* y no la *necesidad de la medida para alcanzar el objetivo*.⁵²

En contraste, en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo*, el Grupo Especial no siguió la interpretación anterior y concluyó que no hay razón para aplicar un estándar de necesidad distinto al Artículo 2.2 del Acuerdo OTC, del que se ha desarrollado en el GATT. Por tanto, concluyó que el estándar de necesidad desarrollado en el contexto del Artículo XX (b) del GATT y del Acuerdo MSF, era aplicable al Acuerdo OTC.⁵³

⁵¹ Este cuarto elemento fue incorporado en el Informe del Órgano de Apelación en *Corea – Carne Vacuna*.

⁵² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.460.

⁵³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo*, párrafos 353-7.369.

3. A.i. Importancia relativa de los intereses o valores en juego.

Los intereses o valores protegidos por el Acuerdo MSF son la salud y la vida de las personas, los animales y las plantas. En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación “constató que el objetivo de la prohibición de las importaciones es la reducción de ‘la exposición a los riesgos para la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales derivados de la acumulación de neumáticos de desecho’ y tomó nota de que ‘pocos intereses son más ‘vitales’ e ‘importantes’ que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios.’⁵⁴

Asimismo, con respecto a la protección de animales y plantas, el Grupo Especial constató que hay riesgos para la salud que plantean las enfermedades transmitidas por mosquitos, concretamente el “dengue”. El Grupo Especial dijo que “aunque no son tan amplias como las concernientes a los riesgos para la salud de las personas”, las mismas pruebas por lo general muestran que las enfermedades transmitidas por el “dengue” afectan también a animales como los monos, a través de los mismo vectores que en el caso de las personas, y que lo anterior sugiere que la acumulación de neumáticos de desecho crea riesgos para la salud y para la vida de los animales; en este caso, se protegieron también a monos cuyo hábitat era la zona que pretendía expandirse para la importación de neumáticos recauchutados provenientes de las Comunidades Europeas.⁵⁵

En conclusión, la protección de la vida y la salud de seres humanos es de alta importancia, mientras que la protección de la vida

⁵⁴ Yahir Acosta, “Comentario sobre Brasil — Neumáticos Recauchutados, Informe del Órgano de Apelación, 3 de diciembre de 2007”, en CDEI, ITAM, 2010, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/ComentarioBrasilNeumaticos.pdf, fecha de consulta: 15 de julio de 2011.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, párrafos 7.89 y 7.90.

y salud de animales y vegetales, también es importante, aunque de menor intensidad.

3.A.ii. Contribución de la medida al propósito u objetivo.

Concluir que una medida MSF contribuye al fin que persigue es una tarea a cargo de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación. En el contexto del Acuerdo MSF, los Miembros son libres de establecer el nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria que desean para su territorio y sus habitantes. En virtud del párrafo 5 del Anexo A y del Artículo 5.6 del Acuerdo MSF, un Miembro goza de la prerrogativa soberana para establecer el nivel de protección que estime adecuado.

La contribución de una medida al logro del objetivo perseguido puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos. Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación no están obligados a cuantificar la contribución de una medida con el nivel adecuado de protección (*CE – Amianto*) ni tienen mandato para determinar cuál es el nivel adecuado de un Miembro. No obstante, cuando este no es expreso, es posible identificar el nivel adecuado de protección determinado por un Miembro a través del diseño y arquitectura de la medida MSF introducida por este.⁵⁶

En virtud del Artículo 3.3 del Acuerdo MSF, la determinación del nivel adecuado de protección precede lógicamente a la adopción o mantenimiento de la medida MSF.

Los Miembros pueden crear medidas generales, “de conformidad con el Artículo XX (b) del GATT, las cuales legítimamente protejan los valores ambientales y de salud pública ahí

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, WT/DS135/AB/R. También véase: Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafos 199-201.

enlistados”.⁵⁷ Tener un objetivo válido no implica por sí mismo, que una medida es “necesaria”.

3.A.iii. Repercusión restrictiva en el comercio internacional.

A diferencia de las obligaciones impuestas en el GATT de 1994, la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional no es un elemento *de peso* para satisfacer el criterio de “necesidad”. Recordemos que el Acuerdo MSF sólo habla de medidas que *afecten* el comercio internacional como criterio de aplicabilidad.

El Artículo 2.2 debe interpretarse más ampliamente que la excepción contenida en el Artículo XX (b) del GATT, por tratarse de una obligación. En *Brasil –Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación dijo que una medida puede ser *altamente restrictiva* y a la vez, contribuir a satisfacer un fin internacionalmente legítimo (al observar que la *prohibición general* a las importaciones introducida por Brasil, contribuía al fin de protección perseguido).

3.A.iv. Existencia de medidas alternativas.

El examen de necesidad se complementa con el análisis de las medidas que un Miembro tuvo razonablemente a su alcance, además de la medida MSF adoptada o mantenida. Se volverá sobre este punto al analizar las obligaciones bajo el Artículo 5.6 del Acuerdo MSF.

En conclusión, para determinar si una medida es “necesaria” para los efectos del Artículo 2.2 deben acreditarse estos cuatro elementos al menos a un nivel *prima facie*. Es prudente aclarar que en virtud de la relación existente entre los Artículos 2.2 y 5.1 del Acuerdo MSF, es posible que un Grupo Especial no tenga que hacer el estudio de necesidad por haber encontrado que una medida es

⁵⁷ Yahir Acosta, op. Cita., página 5.

inconsistente con el Artículo 5.1 y por implicación, también con el Artículo 2.2.⁵⁸

3.A.b. Segunda obligación: Testimonios científicos suficientes.

El Artículo 2.2 exige que exista una relación racional u objetiva entre la medida MSF y los testimonios científicos en los que se basa. Si hay una “clara desproporción” entre el riesgo y la medida, no existe una “relación racional u objetiva” entre la medida y los testimonios científicos pertinentes.⁵⁹

En *Japón – Manzanas*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial al considerar que las manzanas exportadas de Estados Unidos a Japón no violaban el Artículo 2.2 del Acuerdo MSF, porque el riesgo de que estas introdujeran la “niebla del peral” al territorio japonés era muy improbable; concluir lo contrario era “desproporcionado”.⁶⁰

Aunque el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la metodología que utilizó el Grupo Especial en este caso, subrayó que éste no agotó “la gama de metodologías disponibles para determinar si una medida se mantiene ‘sin testimonios científicos suficientes’”. Bradly Condon advierte que el Órgano de Apelación introdujo un criterio de “proporcionalidad” respecto de una MSF y los testimonios científicos en los que debe basarse. Sin embargo, “no queda muy claro cómo se puede reconciliar la ausencia de un requisito de proporcionalidad en el análisis de necesidad con su presencia dentro

⁵⁸ En el siguiente apartado se aborda la relación entre los Artículos 2.2 y 5.1 del Acuerdo MSF.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 193; Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 73, 74, 82 y 84; Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 162; e Informe del Grupo Especial, *Japón – Manzanas*, párrafos 8.101 a 8.103 y 8.180; Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 73, 74, 82 y 84.

⁶⁰ El riesgo alegado por Japón se consideró “despreciable” (*negligible risk*).

del mismo Artículo 2.2”.⁶¹ El Órgano de Apelación estableció su criterio a partir del argumento propuesto por Nueva Zelanda.⁶²

En *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial reiteró que para ser suficientes, los testimonios científicos deben:

- Guardar una relación racional con la medida;
- Ser suficientes para demostrar la existencia del riesgo al que se supone que ha de hacer frente la medida; y
- Ser del tipo necesario para una evaluación del riesgo.

3.A.c.Tercera obligación: Que las MSF no se mantengan sin testimonios científicos suficientes.

La última frase del Artículo 2.2 establece que las MSF no deben mantenerse sin testimonios científicos suficientes, salvo lo dispuesto por el Artículo 5.7. Ésta disposición introduce la posibilidad de que un Estado adopte MSF provisionales cuando no existen testimonios científicos suficientes. Más adelante se analizará el Artículo 5.7.

En conclusión, el Artículo 2.2 establece la obligación básica para la adopción y aplicación de las MSF. Requiere que las MSF sean necesarias, que estén basadas en principios científicos, que guarden una relación racional y objetiva con las medidas y que no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. Si una MSF cumple con la triple condición, es consistente con el Artículo 2.2.

⁶¹ Bradley J. Condon, “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Monografía”, en CDEI, Departamento Académico de Derecho, ITAM, 2011, página 15.

⁶² Op. Cita, párrafo 3.10.

B. Orden de análisis.

El Acuerdo MSF no establece un orden de análisis. No obstante, el Órgano de Apelación ha clarificado que el Artículo 2.2 constituye la obligación básica del acuerdo y que el Artículo 5.1, que requiere que las MSF se basen en evaluaciones de riesgo, constituye su “aplicación específica”. En este sentido se ha establecido el siguiente orden de análisis: primero se analiza si las MSF se basaron en una evaluación de riesgo de conformidad con el Artículo 5.1 y 5.2 del Acuerdo MSF. Si hay violación, entonces se presume inconsistencia *ipso iure*, con el Artículo 2.2.⁶³

4. Evaluación de riesgos: Artículo 5.1 del Acuerdo MSF.

El Artículo 5.1 establece una obligación particularmente compleja. Exige que las MSF “se basen en” una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la salud y la vida de personas, animales y la preservación de los vegetales. Que las MFS “se basen en” una evaluación conforme al Artículo 5.1 requiere que ésta guarde una relación racional con la medida a introducirse, esto es, que los resultados de la evaluación garanticen suficientemente y soporten “razonablemente” la MSF en cuestión.⁶⁴

La obligación es complicada por 3 razones: (1) la noción de riesgo es un concepto indeterminado, susceptible de ser estudiado desde distintas ópticas y adoptando distintos métodos de análisis epistemológico; (2) la evaluación de riesgo puede verse comprometida frente a la falta de evidencia en determinada rama de la ciencia; (3) no está claro en qué medida los grupos especiales pueden construir las

⁶³ Este orden de análisis se siguió en *CE – Hormonas, Japón – Manzanas, Australia – Salmon, Australia – Manzanas y Estados Unidos – Aves de Corral*.

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 193.

premisas fácticas al analizar si una la evaluación del riesgo fue adecuada.⁶⁵

Para los propósitos de este artículo, el análisis del Artículo 5.1 se acotará a su interpretación dentro del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Sin embargo, la complejidad del tema ha sido objeto de debate y existen argumentos a favor y en contra sobre el nivel de protagonismo que los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden adoptar en la configuración de la norma de evaluación de riesgos.⁶⁶

Grupo de Expertos. El párrafo 2 del Artículo 11 prevé la participación de un grupo de expertos para determinar el alcance de las investigaciones científicas. El Grupo Especial no puede cuestionar las conclusiones técnicas a las que arribe el grupo de expertos, tampoco el Órgano de Apelación. Esto refuerza la naturaleza procedimental (*versus* científica) del análisis que los paneles deben hacer cuando deciden asuntos bajo el Acuerdo MSF.⁶⁷

Un Miembro puede especular sobre los riesgos resultantes de la entrada de determinados productos dentro de su territorio, si considera que dichos riesgos pueden materializarse en virtud de errores humanos, técnicos (de producción) o de conductas ilícitas.⁶⁸

⁶⁵ Lucas Gruszczynsky, *Regulating Health and Environmental Risks Under WTO Law: A Critical Analysis of the SPS Agreement*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, páginas 7-34. El autor hace un análisis completo de la noción de riesgo, incluyendo los distintos paradigmas desde los cuales puede abordarse su estudio.

⁶⁶ Andrew Guzman, *Dispute Resolution in SPS Cases*, en Dan Horowitz, Daniel Moulis & Debora Steger, *Ten Years of WTO Dispute Settlement*, Selected Works of Andrew T Guzman en International Bar Association, Londres, 2007, página 6.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *Japón – Manzanas*, párrafos 8.85, 8.121 y 8.174.

⁶⁸ J.H.H. Weiler, “*Risk Regulation under the WTO SPS Agreement: Science as International Normative Yardstick?*” Artículo de trabajo 02/04 para Jean Monnet Program, en Jacqueline Peel, New York University School of Law, 2004, páginas 65-84.

En el proceso de políticas públicas, lo lógico es que un Miembro primero conduzca un estudio científico para determinar los posibles riesgos derivados de la introducción de algún producto en su territorio. Así, una evaluación de riesgo precede lógicamente a la adopción de una MSF: estas medidas no pueden justificarse *ex post facto*.⁶⁹

A. *Tipos de evaluaciones de riesgo.*

El párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF define 2 tipos de evaluaciones de riesgo:

“Evaluación de la *probabilidad de entrada*, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las [MSF] que puedan aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas;

Evaluación de los *posibles efectos perjudiciales* para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas y organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.” [Énfasis y texto añadidos]

El *primer tipo* se refiere a una evaluación probabilística – *principalmente cuantitativa* –, para determinar si es de esperarse que una enfermedad o plaga puedan entrar al territorio de un Miembro y afectar a su población. Cualquier evaluación de riesgo de este tipo deberá:

1. *identificar* las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón –Manzanas*, párrafo 208.

conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;

2. *evaluar* la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
3. evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades *según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse*.⁷⁰

El *segundo tipo* es una evaluación de posibilidad, para determinar los riesgos *potenciales* para la salud, derivados de sustancias y organismos en los alimentos (*foodborne risks*).

En *CE –Hormonas*, el Órgano de Apelación distinguió entre el “estándar” metodológico que debía satisfacer una evaluación de riesgo del *primer tipo*, del estándar que debía satisfacer una del *segundo tipo*. Sostuvo que “probabilidad” es un requisito más demandante que “posibilidad”, porque la “probabilidad” de algo implica un grado (umbral) mayor de “posibilidad” o “potencialidad”.⁷¹ Asimismo, el Órgano de Apelación concluyó que la expresión *likelihood* era equivalente a *probability*, esto es, que ambas significan “grados de probabilidad” o “algo que se considere probablemente cierto”; a efectos de diferenciar “probabilidad” de “posibilidad” (potencialidad).⁷²

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 121. El tercer requisito hace posible que pueden conducirse varias evaluaciones para cada medida que pudiera aplicarse.

⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *EC –Hormonas*, párrafos 183-184. El texto en inglés del Anexo A (4) dice: “...the evaluation of the potential for adverse effects on human or animal health...”

⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Australia –Salmón*, párrafos 123-125. La cita original para aclarar el sentido corriente: “*Likelihood: probability*”, *The Concise*

Método científico. En virtud del Artículo 5.2 del Acuerdo MSF, las evaluaciones de riesgo deben realizarse a través del método científico, tomando en cuenta los “testimonios científicos existentes” (*available scientific evidence*). Lucas Gruszczynsky piensa que el Acuerdo MSF atribuye un rol protagónico a la ciencia, y que esta atribución podría no ser del todo objetiva. No obstante, cualquier medida que no se ajuste a los estándares internacionales deberá basarse en “principios científicos” y no mantenerse sin “testimonios científicos suficientes” (obligación del Artículo 2.2, especificada en el 5.1).⁷³

No obstante, los Miembros no están obligados a conducir sus evaluaciones de riesgos de conformidad con la opinión de la “corriente principal” en la comunidad científica. Pueden válidamente basar sus MSF en opiniones científicas divergentes que vengan de “fuentes calificadas y respetables”.⁷⁴

Sobre riesgos verificables, en *Australia – Salmón*, siguiendo los criterios establecidos en *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación dijo:

“Como señalamos en nuestro informe *Comunidades Europeas - Hormonas*, el "riesgo" evaluado en una evaluación del riesgo debe ser un riesgo verificable; la incertidumbre teórica "no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del Artículo 5, se ha de evaluar". Ello no implica, sin embargo, que un Miembro no pueda determinar que su propio nivel adecuado de protección sea el "riesgo cero".⁷⁵

Oxford Dictionary of Current English (novena edición, Clarendon Press) [Ambos términos suelen traducirse al español por un mismo término "probabilidad".]

⁷³ Gruszczynsky, op. Cita, página 107.

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *EC – Hormonas*, párrafo 194.

⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 125; *Apud*, Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 186.

En conclusión, hay 2 tipos de evaluaciones de riesgo bajo el Artículo 5.1; ambas pueden realizarse en términos cuantitativos o cualitativos y deben basarse en principios y testimonios científicos suficientes.⁷⁶

Existen matices y umbrales altamente técnicos en la determinación de cuáles son los testimonios científicos existentes para determinada disciplina con relación a las MSF que un Miembro puede aplicar. Adicionalmente, los evaluadores de riesgos deben ser capaces de identificar la información científica relevante para un caso en particular.

La disponibilidad de testimonios científicos suficientes no autoriza a los Miembros a alegarse de los criterios mencionados en la conducción de una evaluación de riesgos.

5. Medidas Alternativas.

En virtud del Artículo 5.6, los Miembros se asegurarán de que las MSF no entrañen un grado de restricción al comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, *sin perjuicio* de la presunción del Artículo 3.2 del Acuerdo MSF, que dice:

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

⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Australia –Salmón*, párrafo 124.

La obligación establece un estándar sobre la forma en que deben aplicarse las MSF y no sobre el nivel adecuado de protección sanitaria elegido por un Miembro. El estándar consiste en diseñar y después aplicar una medida de la manera menos restrictiva para el comercio: la norma establece un requisito de proporcionalidad “débil” que regula un medio (medida) para alcanzar un fin (el nivel de protección).⁷⁷

Una MSF sólo entrañará un grado de restricción mayor del requerido cuando exista otra medida alternativa que reúna los siguientes elementos acumulativos:

1. Estar razonablemente disponible para el Miembro, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;
2. Consigue el nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria del Miembro que la estableció o mantiene;
3. Sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF establecida o impuesta.⁷⁸

En *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación consideró que el Acuerdo MSF impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección. No hay obligación de hacer dicha determinación en términos cuantitativos, pero tampoco puede darse en términos excesivamente ambiguos o equívocos, pues ello privaría de

⁷⁷ Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, página 157. Scott distingue entre proporcionalidad fuerte y débil: mientras la primera implica la ponderación de fines igualmente legítimos, la segunda se ocupa únicamente de los medios a través de los cuales se persigue un fin legítimo.

⁷⁸ Nota 3 del Acuerdo MSF.

eficacia al artículo y permitiría la elusión de obligaciones bajo el Acuerdo MSF.⁷⁹

Entonces, los Miembros deben establecer de forma clara cuál es el nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria que buscan. Por ejemplo, en *Australia – Manzanas*, el nivel adecuado de protección que Australia buscaba para proteger a personas y animales de la “niebla del peral y del manzano”, derivado de la importación de manzanas neozelandesas, era un nivel muy alto, destinado a “reducir el riesgo hasta un nivel muy bajo, pero no hasta cero”.⁸⁰ Australia determinó su nivel de protección en la evaluación de riesgos que realizó para basar sus MSF.⁸¹

La carga de la prueba corre a cargo del reclamante, quien debe acreditar *prima facie* que existe una medida alternativa que reúne los 3 elementos del Artículo 5.6 del Acuerdo MSF. Una vez establecida una presunción “suficientemente convincente” sobre la existencia de una medida alternativa, la carga de la prueba se invierte y es el demandado quien debe acreditar que la medida propuesta por el reclamante incumple con alguno de los requisitos.

El Acuerdo MSF no establece limitantes para la forma en que pueden proponerse medidas alternativas, siempre que se acoten al criterio de “disponibilidad” y de “viabilidad técnica y económica”. Joanne Scott sugiere que la palabra “económica” podría interpretarse en sentido amplio para abarcar criterios distributivos en la determinación de qué es viable para un Miembro.⁸² Dos medidas pueden ser igualmente viables, pero una podría arrojar mejores resultados distributivos, habilitando un criterio de equidad en la

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafos 179 y 206.

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 2.58.

⁸¹ IRA: Informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelanda (Canberra, noviembre de 2006), Partes A, B y C. Presentado ante el Grupo Especial en *Australia – Manzanas*.

⁸² Joanne Scott, op. Cita, página 158.

determinación de una medida “menos restrictiva”. En esta línea, el Acuerdo MSF (en el contexto del Artículo 3) se ha interpretado utilizando argumentos de “costos de transacción”.⁸³

Una medida alternativa debe conseguir el nivel adecuado de protección del Miembro que estableció la MSF. El requisito es complicado cuando no queda claro cuál es el nivel adecuado de protección que busca un Miembro. Por ejemplo, en *Estados Unidos – Aves de Corral* y en *Australia –Salmón*, los países que establecieron MSF no expresaron claramente cuál era el nivel adecuado de protección que buscaban: mientras Estados Unidos sólo prohibió importaciones, Australia sólo manifestó que su nivel de protección se satisfacía con el requisito de *termo tratamiento*.

En *Australia –Manzanas*, *Japón – Manzanas* y *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación consideró que los países reclamantes habían acreditado suficientemente la existencia de medidas alternativas; en las tres diferencias se constató que el país demandado no había satisfecho su carga de la prueba y por tanto, no había desvirtuado la presunción *prima facie*, establecida en su contra por el reclamante.⁸⁴

En todo caso, las aportaciones y conclusiones del Grupo de Expertos que comparezca ante un Grupo Especial son cruciales para determinar las premisas fácticas del caso. Joanne Scott apunta que los expertos pueden encontrar serias dificultades en extrapolar sus conclusiones con respecto a alguno de los tres criterios.⁸⁵ En *Japón – Productos Agrícolas II*, mientras el Dr. Ducom contestó “sí” a la

⁸³ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum y Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Segunda edición, The Oxford International Law Library, Oxford University Press, Nueva York, 2006, Capítulo *SPS Measures*.

⁸⁴ Informe del Grupo Especial, *Australia –Salmón*, párrafo 8.173; Informe del Órgano de Apelación, *Australia –Salmón*, párrafos 184, 185 y 194.

⁸⁵ Joanne Scott, op. Cita, página 160.

pregunta sobre la viabilidad técnica y económica de la medida alternativa propuesta por los Estados Unidos, otro experto, el Sr. Taylor, declaró que era técnicamente viable, pero se reservó su juicio con respecto a la viabilidad económica, sólo dijo: “probablemente lo será”.⁸⁶

Para evaluar si una medida alternativa es *significativamente menos restrictiva* que la MFS establecida, los Grupos Especiales deben identificar el nivel de protección que el Miembro importador ha fijado como su nivel adecuado. Después deben compararlo con el nivel de protección que se lograría con la medida alternativa propuesta por el reclamante.⁸⁷

En *República Dominicana –Cigarrillos*, el Grupo Especial concluyó que la alternativa de proporcionar a los exportadores extranjeros estampillas fiscales difíciles de falsificar sería equivalente al requisito de República Dominicana, y que lograría el alto nivel de observancia que buscaba con respecto a las leyes fiscales recaudatorias.

El siguiente ejemplo hipotético ilustrará los criterios anteriores:⁸⁸

Ejemplo hipotético.

- Russelia (un país en desarrollo, importador de ovejas) prohíbe la importación total de ovejas clonadas y sus derivados, provenientes de Aldousia (país desarrollado y el único exportador de ovejas clonadas) y les aplica MSF por considerarlas un riesgo; su nivel de protección es muy alto, pero no cero.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, *Japón –Productos Agrícolas II*, para. 8.88.

⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Australia –Salmón*, párrafo 204; Informe del Órgano de Apelación, *Australia –Manzanas*, párrafo 344.

⁸⁸ Este supuesto está basado en el caso que fue objeto de la edición 2011 del Moot de ELSA, Competition On WTO Law.

<ul style="list-style-type: none">▪ Russelia no aplica las MSF a otro socio comercial, que también importa ovejas clonadas de Aldousia;
<ul style="list-style-type: none">▪ Aldousia propone como medida alternativa etiquetar el cien por ciento de los productos derivados de ovejas clonadas con una “nota de aviso de clonación” y además, limitar el número de importaciones de ovejas clonadas a las ovejas que hayan pasado un examen de inocuidad que muestre que son “asintomáticas” con respecto a los riesgos que preocupan a Russelia.
<ul style="list-style-type: none">▪ Bajo este supuesto, la medida alternativa estaría razonablemente disponible para Russelia, porque el costo y el proceso de etiquetar los productos podría trasladarse fácilmente al productor si se siguen nociones básicas de ‘costos de transacción’; sería viable económica y técnicamente.
<ul style="list-style-type: none">▪ Además, aunque el nivel adecuado de protección de Russelia sea muy alto, la aplicación exclusiva contra productos alduousianos (y no contra los productos del otro socio comercial) indica que el nivel de protección “muy alto” admite la posibilidad de entrada de ovejas, por lo que el aviso, junto con la introducción limitada de ovejas, debería satisfacer dicho nivel de protección.
<ul style="list-style-type: none">▪ Por último, dado que la MSF es una prohibición total a la entrada y el nivel de protección que se busca no es cero sino “muy alto”, la medida alternativa conseguiría el nivel de protección de Russelia limitando la entrada y etiquetando, por lo que su aplicación sería significativamente menos restrictiva que la prohibición total de las importaciones.

En conclusión, el Artículo 5.6 es consonante con el Preámbulo del Acuerdo MSF y con el deber de los Miembros de minimizar los efectos restrictivos del comercio al establecer su nivel adecuado de protección.⁸⁹

Impone una obligación de forma para el establecimiento o mantenimiento de las MSF e introduce la posibilidad de que el Miembro afectado por la medida la someta a revisión a través medidas alternativas. El estándar para acreditar que existen alternativas menos restrictivas, disponibles y viables para un Miembro está restringido a un criterio económico y técnico. Tiene un nivel de rigor más bajo que el que exige la conducción de una evaluación de riesgo. En cualquier caso, el Miembro que introduzca una medida, podrá defenderla una vez que el reclamante satisfaga su carga de la prueba.

6. Medidas provisionales y el principio precautorio.

A. ¿Qué es el Artículo 5.7?

En virtud del Artículo 5.7 del Acuerdo MSF, cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro puede adoptar *provisionalmente* MSF sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las MSF que apliquen otros Miembros. Bajo este supuesto, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para conducir una (nueva) evaluación (más objetiva) de riesgo y revisarán en consecuencia la MSF provisional en un plazo razonable.

El Artículo 5.7 no es un derecho autónomo ni una excepción. Constituye una “exención cualificada” de la tercera obligación del Artículo 2.2: no mantener MSF “sin testimonios científicos suficientes”. En ese sentido, las MSF provisionales: i) no libran a un

⁸⁹ Establecido en el Artículo 5.4.

Miembro de las otras dos obligaciones del artículo 2; ii) deben ajustarse a los parámetros del Artículo 5 sobre evaluación de riesgos; y iii) no se activan frente por la incertidumbre científica en abstracto, sino por la falta de testimonios científicos suficientes.⁹⁰

Los 4 requisitos acumulativos para aplicar MSF provisionales son:

1. Que se impongan con respecto a una situación “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”;
2. Sobre la base de la información pertinente de que se disponga;
3. Que el Miembro trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y
4. el Miembro revisa en la medida en un plazo razonable.

La suficiencia de los testimonios científicos depende de la evolución científica en distintos momentos y del nivel apropiado de protección que haya adoptado un Miembro con respecto a los riesgos que quiera evitar. Por tanto, la insuficiencia es un concepto relacional cuya conformidad con el primer requisito no depende de la conformidad de una MSF con una norma internacional. La evaluación de riesgo que haya realizado un organismo internacional para la adopción de una norma “puede haber dejado de ser válida, o haberse vuelto insuficiente a la luz de la evolución científica posterior”.⁹¹

La información científica es insuficiente cuando “en términos cuantitativos o cualitativos” no permita realizar una evaluación del

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 80; Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 128.

⁹¹ Perla Buenrostro Rodríguez, “Comentario sobre Estados Unidos y Canadá – Mantenimiento de la Suspensión de Obligaciones en la Diferencia CE – Hormonas, Informe del Órgano de Apelación”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen I, No. 1, Centro de Derecho Económico Internacional, ITAM, 2011, página 86.

riesgo adecuada.⁹² Por ejemplo, si no se sabe qué efectos produce el Clembuterol sobre la salud de los futbolistas profesionales, y no existen estudios científicos que permitan realizar una evaluación que identifique los riesgos, para determinar las consecuencias económicas y biológicas de su uso en la carne vacuna, podría adoptarse una medida contra su importación dentro del territorio mexicano.

La expresión “información pertinente” es más amplia que la expresión “testimonios científicos pertinentes”, porque la segunda se refiere al conjunto de datos con base en los cuales un Miembro deberá adoptar MSF. Por un lado, se ha sugerido que dentro de esta información “podrían incluirse las deliberaciones públicas y otras fuentes de información sobre los valores públicos relativos al riesgo bajo consideración. En contraposición, “se ha advertido que los argumentos basados en el proceso democrático son incompatibles” con el Acuerdo MSF y por tanto, “sería preferible tener en cuenta los valores públicos bajo la excepción de las medidas necesarias para proteger la moral pública [contenida] en el Artículo XX(a) del GATT.”⁹³

No existe una norma en el Acuerdo MSF que determine cómo debe obtenerse la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva. Sin embargo atendiendo a ese fin, la información que se recaba tras la adopción de la MSF debe facilitar (y en realidad, habilitar) la conducción de una evaluación de riesgo más objetiva.⁹⁴

Otra cuestión poco clara es la *fente* de la información pertinente y de la información adicional. ¿Puede considerarse pertinente la información de un Miembro exportador cuando es el

⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 179.

⁹³ Bradley J. Condon, op. Cita página 98, nota 17. *Apud*, Winickoff, David, Jasanoff, Sheila, Busch, Lawrence, Grove-White, Robin, Wynne, Brian, “*Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law*”, Yale Journal of International Law, Vol. 30, No. 81, 2005, página 114.

⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 92.

único con la tecnología y desarrollo para producir determinado producto o sustancia? ¿En qué medida se afecta la “pertinencia” de dicha información cuando el Miembro que adopta una MSF considera que la información del Miembro exportador está sesgada por los intereses económicos de su producción nacional?

Un Miembro no puede ser negligente en realizar una evaluación con la información pertinente disponible ni en acreditar que ha conducido las investigaciones necesarias para hacerse de más información. Los estudios y las evaluaciones de riesgo hechos por otro Miembros pueden considerarse como “necesarios” para estos efectos.

A lo sumo, un Miembro debe realizar una evaluación seria que trate de cumplir con los requisitos del Artículo 5.1 y que, al menos, identifique qué tipo de riesgo trata de enfrentar con determinada MSF. De lo contrario, la búsqueda de información adicional podría tornarse estéril.

¿Cuánto tiempo es razonable? La determinación de este requisito se da caso por caso. No obstante, en virtud del artículo 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF, los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las MSF deben darse “sin demoras indebidas”.

Adicionalmente, el párrafo cuarto del Preámbulo establece como fin “reducir al mínimo” los efectos negativos de las MSF en el comercio. En ese contexto, en *Australia –Manzanas*, el Órgano de Apelación sostuvo que 8 años era un periodo “muy largo” para realizar una evaluación de riesgo con respecto a las 16 MSF en litigio.⁹⁵ La jurisprudencia puede arrojar luz en la construcción de un parámetro de razonabilidad en los plazos para revisar.

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Australia –Manzanas*, párrafo 441.

B. *El principio precautorio.*

La posibilidad de introducir MSF provisionales responde al principio precautorio, también llamado de precaución o de cautela. El principio establece que un Estado (una sociedad) o sus órganos, en tanto encargados de conducir políticas públicas, deben poder regular situaciones en forma preventiva, para evitar que se alcance un estado de cosas que no es deseable.

El conocimiento está condicionado por el método elegido para obtenerlo. Hay una multiplicidad de métodos a elegir, adscritos a la vez a una multiplicidad de presupuestos teóricos. La aplicación del método está también condicionada por circunstancias sociológicas, psicológicas y fisiológicas. Este conjunto de condicionantes hace que las conclusiones epistemológicas obtenidas a partir de determinado método puedan ser revisadas, cuestionadas, o descartadas.

Este proceso *popperiano* de actualizar conocimiento aplica al método científico y el principio de precaución permite que una sociedad pueda reaccionar frente a ciertas conclusiones científicas; una revisión de dichas conclusiones podría evidenciar que hay riesgos para los sujetos que forman parte de ella.

En el asunto *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación observó que el principio de cautela o de precaución estaba reconocido en el Artículo 5.7, en el sexto párrafo del Preámbulo y en el Artículo 3.3 del Acuerdo MSF; pero que no podía entenderse en los términos planteados por las Comunidades Europeas, porque no prevalece sobre las disposiciones del Artículo 5.1 y 5.2.⁹⁶ El principio supone que es más deseable prevenir los problemas ecológicos y sanitarios, e impedir que lleguen a realizarse, que intentar repararlos *a posteriori*:

“El principio de precaución se formuló por vez primera en la Conferencia de las NN.UU sobre el Medio Humano celebrada en

⁹⁶ *Cfr.* Informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*.

Estocolmo en 1972; se incorporó en los setenta a la legislación ambiental germano-occidental (*Vorsorgeprinzip*); fue aplicado internacionalmente por vez primera en la Primera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte en 1984, y en la Convención de Viena sobre la protección de la capa de ozono en 1985; y ha sido recogido como uno de los principios rectores claves de la política ambiental de la Unión Europea ...en numerosos textos legales del máximo rango, entre otros ... el Tratado de Maastrich...”⁹⁷

La Asociación Europea del Medio Ambiente (AEMA) ha propuesto la siguiente terminología para relacionar los problemas de incertidumbre científica y la precaución de riesgos: ⁹⁸

Situación	Estado y fecha de los conocimientos	Acciones frente al supuesto
Riesgo	Impactos “conocidos” y probabilidades “conocidas”. Ej. Amianto causante de enfermedades respiratorias desde 1965 al presente.	PREVENCIÓN: acción para reducir riesgos conocidos.

⁹⁷ Jorge Riechman, “Introducción al Principio de Precaución”, publicado para Científicos por el Medio Ambiente (CiMA) en la página web: http://www.cima.org.es/archivos/Areas/salud_publica/12_saludpublica.pdf, fecha de consulta: 13 de octubre de 2011, páginas 5-7.

⁹⁸ Cfr. AEMA, “Lecciones tardías a partir de alertas tempranas: el principio de precaución 1896-2000”, Centro de Publicaciones del MMA, Madrid 2003, página 192.

Incertidumbre	Impactos “conocidos” y probabilidades “desconocidas”. Ej. Antibióticos en los piensos animales y resistencia asociada en seres humanos a esos antibióticos, desde 1969 hasta hoy en día.	PREVENCIÓN O CAUTELA: acción emprendida para reducir riesgos “potenciales”. Ej. Reducir exposición de seres humanos a los antibióticos de los piensos animales.
Ignorancia	Impactos “desconocidos” y probabilidades “desconocidas”. Ej. Virus H1N1 en 2009.	PRECAUCIÓN: acción emprendida para anticipar, identificar y reducir el impacto de las “sorpresas”. Ej. Uso de propiedades de las sustancias químicas, como la persistencia o la bioacumulación, como “precursores” de posibles daños; uso del mayor número de fuentes de información, incluido el seguimiento a largo plazo; promoción de tecnologías seguras y adaptables, así como de disposiciones que respondan a las necesidades.

El principio de precaución bajo el Acuerdo MSF significa que un Miembro puede introducir una MSF provisional, para proteger la salud y vida de sus habitantes, con base en la información que tenga disponible sobre determinada disciplina o tecnología, siempre que las medidas se sometan a un proceso de ‘auto-regulación’ consistente en su revisión periódica de conformidad con las exigencias del Artículo 5.7.

La existencia y aplicación del principio precautorio ha sido objeto de discusión en el Derecho Internacional Público. Su aplicación

corresponde a las disciplinas del medio ambiente y la protección sanitaria.

7. Medidas no discriminatorias.

El Artículo 2.3 del Acuerdo MSF establece que los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.

Para establecer una infracción del párrafo 3 del Artículo 2 debe cumplirse un triple criterio. *Primero*, que la medida discrimine entre el territorio del Miembro que impone la medida y el de otro Miembro, o entre otros Miembros.⁹⁹ *Segundo*, que la discriminación sea arbitraria o injustificable. En *Estados Unidos – Aves de Corral*, no existían testimonios científicos, evaluaciones de riesgo ni otros estudios para justificar el trato diferente que dio Estados Unidos a los productos de aves de corral procedentes de China, con respecto a los productos de los demás Miembros de la OMC.¹⁰⁰ *Tercero*, que prevalezcan condiciones idénticas o similares en el territorio de los Miembros comparados.

En el Capítulo 3, se retomará la interpretación del Artículo 2.3 del Acuerdo MSF. En general, la disposición tiene un lenguaje muy

⁹⁹ En el asunto *Estados Unidos – Aves de Corral*, las medidas en litigio imponían únicamente a China restricciones para solicitar y obtener la autorización de exportar productos de aves de corral a los Estados Unidos, lo que constituyó una clara discriminación contra China.

¹⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de Corral*, párrafo 4.23; Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 7.111.

similar al lenguaje del Preámbulo del Artículo XX del GATT. El Artículo 2.3 se relaciona con el Artículo 5.5 en forma similar a la relación entre los Artículos 5.1 y 2.2. El Artículo 5.5 es la aplicación específica del 2.3; una violación constatada del primero implica la violación del segundo. El Artículo 5.5 del Acuerdo MSF:

“...cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. [...]”

II. La interpretación del derecho de la OMC en tiempos de fragmentación.

1. Introducción

El fenómeno de la fragmentación ha sido uno de los temas centrales en la agenda del Derecho Internacional Público. Desde la segunda mitad del siglo pasado y hasta la segunda década del siglo XXI, la fragmentación del Derecho Internacional se entiende como “la división del derecho en ‘marcos’ sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa tanto entre sí como respecto del derecho general”.¹⁰¹

El Derecho de la OMC constituye uno de estos ‘marcos especializados’. El Acuerdo sobre la OMC constituye un “marco normativo” que regula una multiplicidad de disciplinas bajo la luz de los derechos y obligaciones que establecen los acuerdos abarcados. Asimismo, la OMC tiene un sistema de Solución de Diferencias regido por las disposiciones del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD).

A pesar del aparente hermetismo del sistema, el Derecho de la OMC no está libre del fenómeno de la fragmentación normativa, por lo que es frecuente que las diferencias que surgen entre Estados Miembros generen situaciones en las que dos o más normas internacionales son válidas y aplicables con respecto a un caso concreto.

Para entender la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT de 1994, es importante señalar que forman parte de un mismo tratado. Ambos acuerdos se encuentran en el Anexo 1A del Acuerdo de la

¹⁰¹Reporte de Fragmentación de la CDEI, párrafo 245, página 446.

OMC, el cual abarca los acuerdos sobre el comercio de mercancías. Sin embargo, a pesar de estar dentro del mismo anexo y regular el mismo tema (comercio de bienes y mercancías), el Acuerdo MSF es un régimen mucho más especializado que el GATT. Además, en caso de conflicto entre los dos acuerdos, prevalece el Acuerdo MSF. No obstante, la presunción contra el conflicto en el Derecho Internacional y el método de interpretación efectiva requieren un esfuerzo para interpretar las disposiciones de los dos acuerdos armónicamente, en la medida en que sea posible. Por lo tanto, es preciso tener presentes las relaciones normativas que se dan en los procesos de adjudicación, principalmente en el contexto de la fragmentación normativa.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas elaboró en 2006, un reporte para dar cuenta del fenómeno de fragmentación normativa. El reporte establece que la fragmentación tiene dos ópticas: la de los aspectos positivos y la de los aspectos negativos. A juicio del grupo de trabajo, “la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los llamados ‘régimenes autónomos’ (*self-contained regimes*), y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente, crea problemas de coherencia en el Derecho Internacional”.¹⁰² Por otro lado, la fragmentación enriquece y diversifica el umbral de materias que son objeto del mismo. Frente a esta disyuntiva, el reporte se decanta por la uniformidad y la coherencia, por la “integración sistemática” del Derecho Internacional.¹⁰³

Los problemas resultantes del fenómeno de fragmentación se refieren a *la identificación de normas jurídicas internacionales potencialmente aplicables a los procedimientos de Solución de*

¹⁰² *Ibidem*, párrafo 247, página 447.

¹⁰³ Anastasios Gourgourinis, *Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, Journal of International Dispute Settlement, Volumen 2, Número 1, febrero de 2011, página 37.

Diferencias, derivadas de los múltiples regímenes especializados establecidos por tratados multilaterales.¹⁰⁴

Para determinar qué normas son aplicables al sistema de Solución de Diferencias de la OMC, es prudente hacer precisiones conceptuales relativas a los procesos de adjudicación normativa que llevan a cabo los órganos competentes dentro del sistema. Como en cualquier régimen de normas internacionales especializadas, el proceso de adjudicación (judicial) en el Derecho de la OMC involucra a la vez dos operaciones: la interpretación y la aplicación de normas. Tradicionalmente, no se distingue entre estos dos conceptos. Sin embargo, en el contexto de la fragmentación del Derecho Internacional, tratadistas y doctrinarios han subrayado la importancia de la distinción.¹⁰⁵

Gourgourinis sostiene que la posición tomada por el Grupo de Estudio que elaboró el Reporte de Fragmentación de la Comisión de Derecho Internacional, es limitada. Para el autor, es necesario distinguir la “interpretación judicial” de la “interpretación auténtica”.¹⁰⁶ La primera la conducen los órganos jurisdiccionales competentes de un determinado sistema (*ej.* un Grupo Especial o el Órgano de Apelación). La segunda está a cargo de las partes contratantes de un tratado o de un órgano exclusivamente facultado para ello. En el contexto de la OMC, la Conferencia Ministerial y el Consejo General tienen facultad exclusiva para adoptar interpretaciones del Acuerdo sobre la OMC y de los acuerdos abarcados, en virtud del artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC. Esta facultad sería un ejemplo de “interpretación auténtica”.

¹⁰⁴ Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York, páginas 8 & 53-59.

¹⁰⁵ Anastasios Gourgourinis, Op. Cita, “*The Problematic Non-Distinction between Interpretation and Application of Norms in the ILC Fragmentation Report*”.

¹⁰⁶ *Ibidem*, página 35.

Para Gourgourinis, cualquier norma (tratado, costumbre o principio) puede ser “aplicada” por un órgano jurisdiccional en la solución de una diferencia; por su lado, la “interpretación judicial” se refiere únicamente a las *provisiones escritas* de un tratado. Por el contrario, Joel Tratchman sostiene que en el contexto de la OMC, otras normas de Derecho Internacional no son aplicables directamente sino sólo tomadas en cuenta de forma similar a la regla de interpretación estadounidense *Charming Betsy*: interpretar para evitar conflicto siempre que sea posible, usando (y no aplicando) una norma de Derecho Internacional para interpretar una disposición de la OMC.¹⁰⁷

La distinción entre interpretación y aplicación de normas es una cuestión más relevante cuando se busca la aplicación (o uso) de normas “extrañas” al sistema de la OMC, es decir, cuando se busca que normas de otros regímenes o sistemas multilaterales le apliquen o se usen para interpretar los derechos y obligaciones.

Para determinar la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT de 1994 no es indispensable tomar postura sobre esta cuestión, en tanto ambos acuerdos forman parte del mismo sistema normativo, es decir, del mismo “régimen autónomo”. Sin embargo, la distinción es relevante cuando se sostiene la aplicación específica de determinadas excepciones del Artículo XX del GATT al Acuerdo MSF.

En conclusión, la relación entre dos estatutos normativos de Derecho Internacional no puede abordarse sin tomar en consideración los problemas ocasionados por la fragmentación normativa, entendida como el fenómeno que origina conflictos en el tráfico jurídico

¹⁰⁷ Joel Tratchman, “Book Review: *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other International Law by Joost Pauwelyn*” American Journal of International Law, 2004, página 855. La regla *Charming Betsy* requiere que las cortes estadounidenses interpreten el derecho nacional de manera que evite conflictos entre el derecho nacional y las obligaciones internacionales de los Estados Unidos, en la medida que sea posible.

internacional y provoca competencia entre foros, jurisdicciones y acuerdos, situación que a la vez incide en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes en determinado régimen jurídico: en particular, el régimen de derechos y obligaciones del Acuerdo MSF con respecto a las excepciones del GATT de 1994.

2. ¿OMC á la carte? Reglas de interpretación

El Acuerdo sobre la OMC no proporciona reglas de interpretación propias. La práctica en la Solución de Diferencias ha dejado claro que las reglas de interpretación aplicables son las de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena). Desde *Estados Unidos – Gasolina*, la jurisprudencia de la OMC ha desarrollado y construido criterios utilizando las reglas de interpretación de la Convención de Viena.¹⁰⁸

La construcción de criterios en el Derecho de la OMC también supone el uso de herramientas interpretativas propias del Derecho Internacional Público.¹⁰⁹ Por consiguiente, las normas que regulan la interpretación de los Acuerdos de la OMC son las enunciadas en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena, y las reglas y técnicas generales de interpretación del Derecho Internacional Público.¹¹⁰

¹⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, párrafo 7.

¹⁰⁹ Petros Mavroidis, *No Outsourcing of Law: WTO Law as Practiced by WTO Courts*, *American Journal of International Law*, Volumen 102, 2008, páginas 421 y 436.

¹¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Patentes (CE)*, párrafos 7.13 y 7.14.

A. *Artículo 31 de la Convención de Viena.*

La Convención de Viena distingue entre medios primarios y medios secundarios de interpretación. Los primarios son regulados por el artículo 31.

a. *Artículo 31(1).*

En primer lugar, el artículo 31(1) establece:

“Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

El *principio de buena fe* ha sido reconocido ampliamente en la jurisprudencia del Derecho Internacional Público.¹¹¹ La buena fe aplica en las relaciones internacionales entre Estados y en términos generales establece una presunción de que éstos actúan de conformidad con sus obligaciones sustantivas.

En *Estados Unidos –Mantenimiento de la Suspensión*, el Grupo Especial observó que hay 3 categorías en las cuales se analiza el principio de buena fe:

1. En los procedimientos de *Solución de Diferencias*;

¹¹¹ Cita del Grupo Especial en *Estados Unidos – Mantenimiento de la Suspensión*: “CIJ, *Canal de Corfú*, *CE - Hormonas* (párrafo 6 del artículo 22), *Chile - Bebidas alcohólicas*, *Canadá - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*) y se aplica también a las medidas de aplicación (*Canadá - Productos lácteos* (párrafo 5 del artículo 21 - *Nueva Zelanda y los Estados Unidos II*), *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*)”.

2. Con respecto a las obligaciones sustantivas de un Estado, derivadas del Derecho Internacional General;
3. En el proceso de interpretación normativa (Artículo 31 de la Convención de Viena).¹¹²

El principio de buena fe incide en la carga de la prueba. Los Miembros reclamantes en una diferencia deben superar la buena fe que enviste a las medidas de un Miembro demandado, a través de una acreditación *prima facie* de sus alegaciones.

Sentido corriente y contexto.

En el marco de la OMC, un acuerdo abarcado debe interpretarse atendiendo al *sentido corriente* de sus disposiciones y a su *contexto* relevante. El sentido corriente se refiere al significado gramatical de palabras y expresiones. El contexto se refiere al contenido del preámbulo y de los anexos del acuerdo de que se trate. Adicionalmente, las disposiciones de los acuerdos abarcados también pueden ser contexto “pertinente” para interpretar otros acuerdos abarcados, por lo que hay cierta influencia interpretativa entre los instrumentos de la OMC.

Los acuerdos abarcados forman parte del mismo tratado internacional, el Acuerdo sobre la OMC. En ese sentido, deben entenderse como un todo, “como un conjunto de disposiciones [que deben ser] interpretadas armónicamente, y no como una disposición o término en específico”.¹¹³

El Acuerdo sobre la OMC es un paquete *all inclusive*, por lo que la interpretación de un acuerdo abarcado (ej. el GATT de 1994) es útil para la interpretación de otro (ej. el Acuerdo MSF). El Órgano de

¹¹² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos –Mantenimiento de la Suspensión*, párrafo 7.313 (modificado por el Órgano de Apelación WT/DS320/AB/R).

¹¹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE –Trozos de Pollo*, párrafo 238.

Apelación ha señalado que dicha operación debe realizarse con cautela.¹¹⁴

Hasta 2011, la práctica en el Sistema de Solución de Diferencias había sido consistente sobre esta interpretación contextual. Sin embargo, en los asuntos *China – Materias Primas y Estados Unidos – Cigarrillos de clavo*, los Grupos Especiales se alejaron de la interpretación descrita en el párrafo anterior.

Primero, en *China –Materias Primas*, el Grupo Especial concluyó que los derechos de exportación de China eran inconsistentes con el artículo 11.3 de su Protocolo de Adhesión; también concluyó que los Protocolos de Adhesión de los Miembros de la OMC forman parte integrante del Acuerdo sobre la OMC.¹¹⁵ China alegó que sus medidas estaban justificadas bajo la excepción prevista en el Artículo XX (b) del GATT. El Grupo Especial concluyó que China no tenía derecho a invocar las excepciones del Artículo XX (b) para justificar violaciones a su Protocolo de Adhesión. Interpretando el sentido corriente del Artículo 11.3 del Protocolo de Adhesión de China, el Grupo Especial dijo que la excepción no podía justificar las medidas porque “*el párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión de China no contiene ninguna referencia expresa al Artículo XX del GATT de 1994 o, con carácter más general, a disposiciones del GATT de 1994*”.¹¹⁶

La conclusión del Grupo Especial se alejó de la interpretación que hizo el Órgano de Apelación en *China –Publicaciones y productos audiovisuales*. En aquella diferencia, el Órgano de Apelación concluyó que China sí podía invocar las excepciones del

¹¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE –Amianto*, párrafo 89.

¹¹⁵ Informe del Grupo Especial, *China –Materias Primas*, párrafos 7.108-7.115.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrafo 7.124.

Artículo XX del GATT para justificar violaciones al párrafo 1 de la sección 5 de su Protocolo de Adhesión.¹¹⁷

Por otro lado, en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo* el Grupo Especial encontró que las medida norteamericana, el artículo 907(1)(A), era incompatible con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (“OTC”), porque daban un trato menos favorable que el otorgado a un producto similar de origen nacional (los cigarrillos mentolados estadounidenses). Estados Unidos pudo invocar como defensa la excepción contenida en el Artículo XX (b) del GATT. No obstante, el Grupo Especial decidió no analizar dicha defensa porque no se formuló ninguna constatación de infracción del Artículo III del GATT y Estados Unidos deja claro que no invocó el Artículo XX del GATT como defensa a las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC. Por tanto, el Grupo Especial juzgó innecesario analizar la excepción del Artículo XX (b), por el hecho de no haberse encontrado violación de las disposiciones sustantivas del GATT.¹¹⁸

Más adelante se retomarán estos precedentes para construir el argumento sobre la relación entre el Acuerdo MSF y el Artículo XX del GATT. Desde ahora llamo la atención del lector que la interpretación de estos dos casos, confirma la determinación “caso por caso” de la aplicabilidad del Artículo XX del GATT a los acuerdos abarcados.

¹¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*; Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 217.

¹¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, 2 de septiembre de 2011, WT/DS406/R, párrafos 7.304-7.310.

b. Artículo 31(2). Interpretación del contexto.

El párrafo 2 del Artículo 31 de Viena desarrolla el alcance del contexto para efectos de la interpretación de tratados. El texto de una disposición forma parte del contexto para interpretar otra disposición, cuando ambas forman parte del mismo tratado. De igual forma, el preámbulo de los tratados y los anexos son contexto relevante.

El texto del Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC establece *finés y objetivos legítimos*, que deben tomarse en cuenta en la interpretación de los acuerdos abarcados.¹¹⁹ “Al evaluar los mecanismos para alcanzar un balance adecuado entre las (potencialmente) conflictivas políticas de liberalización comercial y las políticas de protección del medio ambiente, los fines establecidos en el Preámbulo informan al resto de los acuerdos abarcados sobre la interpretación de la OMC”.¹²⁰ La misma lógica aplica para alcanzar un balance entre las políticas promotoras del comercio internacional y las de protección sanitaria y fitosanitaria.¹²¹

c. Artículo 31(3). Acuerdo y práctica ulterior.

¹¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *EU – Camarones*, párrafo 129; Véase Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, Consideración presentada por Turquía en calidad de tercero, párrafo 5.202

¹²⁰ Bradley J. Condon, *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 2006, página 22.

¹²¹ Estas reglas se complementan con los apartados a y b del Artículo 31(2):

- *Artículo 31(2)(a)*. Además del texto, preámbulo y anexos, el contexto comprenderá todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración.
- *Artículo 31(2)(b)*. Asimismo, es contexto relevante todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado, que además haya sido aceptado como instrumento referente al tratado por las demás partes.

Juntamente con el contexto, deberá tomarse en cuenta todo acuerdo ulterior de las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

El artículo 31 (3) (b) de la Convención de Viena establece que “*toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, por la cual conste el acuerdo de las partes sobre la interpretación*” del mismo, deberá tomarse en cuenta junto con la interpretación contextual.

Bradly Condon señala que los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación podrían proporcionar evidencia de la práctica ulteriormente seguida por los Miembros de la OMC. La práctica en el sistema de Solución de Diferencias ha mostrado que los Miembros usan y citan los criterios fijados por los grupos especiales y por el Órgano de Apelación para construir sus argumentos. Además, ante el mismo problema jurídico resuelto por el Órgano de Apelación, se espera que los grupos especiales apliquen los criterios fijados en diferencias anteriores para resolver las subsecuentes.¹²²

La reiteración en la aplicación de criterios puede acreditar el “acuerdo” entre las partes sobre la interpretación de una disposición. Jackson ha sugerido que la adopción “casi automática de los informes del Órgano de Apelación y de los Grupos Especiales no debería calificar como el “acuerdo” entre las partes.¹²³

¿Cómo determinar cuánta práctica es suficiente? ¿Cuántas diferencias implican un acuerdo?

En todo caso, en el contexto de la OMC, para determinar si hay práctica ulteriormente seguida deben tomarse en cuenta dos elementos: (1) debe haber un patrón común, consistente y discernible

¹²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Acero inoxidable (México)*, párrafos 158, 160-162

¹²³Bradly J. Condon, *Environmental Sovereignty*, op. Cita, *Apud*, el autor cita a John Jackson., nota 107. *Apud* John Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*, 2000, página 29.

de actos o pronunciamientos; (2) dichos actos o pronunciamientos deben implicar *acuerdo* en la interpretación de las disposiciones relevantes.¹²⁴

d. Artículo 31 (3) (c).

Juntamente con el contexto, *habrá de tenerse en cuenta toda norma de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes*. Se analizará este criterio contextual a la luz de la relación entre el Acuerdo MSF y el Artículo XX (b) y XX (g) del GATT, tomando en cuenta el artículo 32 de Viena, sobre ambigüedad en las disposiciones de los tratados.

Las normas de Derecho Internacional extrañas al Derecho de la OMC, aplicables entre las partes en materia ambiental y de protección sanitaria y fitosanitaria, podrían ser relevantes para determinar las zonas grises del Acuerdo MSF.

B. Artículo 32 de la Convención de Viena. Medios complementarios de interpretación.

El artículo 32 de la Convención de Viena regula los “medios de interpretación complementarios”; contempla expresamente los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración de los tratados. Los intérpretes de los tratados pueden utilizar estos medios para confirmar el sentido de la interpretación dada por el artículo 31 o bien, para dar sentido cuando dicha interpretación conduzca a un significado oscuro, ambiguo o redunde en una conclusión irrazonable (absurda).

La variedad de disciplinas reguladas por los acuerdos abarcados hace lógico pensar que, en ocasiones, es necesario acudir a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de celebración de los

¹²⁴Informe del Órgano de Apelación, *Japón –Bebidas Alcohólicas II*, páginas 14 y 15.

tratados para interpretar determinada norma. Trazar los límites para este medio complementario es una tarea condicionada por las propias reglas de la Convención de Viena, es decir, por el propio orden de análisis fijado en el artículo 31 de la convención.

No obstante, una vez abierta la puerta de los medios complementarios ¿Cuáles son sus límites? ¿Quién la cierra? ¿Son aplicables los acuerdos internacionales fuera del Derecho de la OMC cuando regulan las mismas disciplinas?

La frontera se determina *caso por caso*, dependiendo de cada acuerdo abarcado y de las circunstancias de cada diferencia. Por ejemplo, el Órgano de Apelación se pronunció, en *Canadá –Patentes*, sobre el alcance que otros acuerdos internacionales tienen para interpretar las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Concluyó que, dado que dicho acuerdo incorpora instrumentos internacionales sobre propiedad intelectual, es posible acudir a los trabajos preparatorios de otros instrumentos para interpretar el sentido de sus disposiciones.¹²⁵

La determinación de qué amplitud interpretativa tienen los medios complementarios para los demás acuerdos abarcados debe hacerse tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada uno de ellos.

A diferencia del Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo MSF no incorpora otros instrumentos internacionales relativos a la protección sanitaria y fitosanitaria, por lo que el uso de estos instrumentos en la interpretación del acuerdo no puede generalizarse. El Acuerdo MSF hace referencia expresa a organismos internacionales: la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales que operan en el marco de

¹²⁵Para un análisis desde la perspectiva ontológica del Acuerdo Sobre los ADPIC, véase Alain Nicolás Hernández, “*Un estudio ontológico de dominio aplicado al artículo V del GATT y al Acuerdo sobre los ADPIC*”, Tesis profesional de Licenciatura, ITAM, 2011.

la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. Asimismo, el Comité MSF lleva a cabo una “*intrigante actividad jurisprudencial*” creando normas en materia de armonización a través de sus reportes.¹²⁶ Las normas que emiten estos organismos son relevantes en materia de armonización, pero no son vinculantes por sí mismas para los Miembros de la OMC al momento de diseñar, elaborar y adoptar medidas MSF.

3. Interpretación del Acuerdo MSF y del GATT ¿hasta dónde?

A. Proximidad de intereses.

El Acuerdo MSF hace referencia expresa a las disposiciones del GATT, en particular al Artículo XX (b). El sexto párrafo del Preámbulo del Acuerdo MSF dice:

“*Deseando*, por consiguiente, elaborar normas para la aplicación de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las disposiciones del apartado b) del Artículo XX.”¹²⁷

A diferencia del Protocolo de China, en el asunto *China – Materias Primas*, el texto del Acuerdo MSF sí tiene una referencia expresa tanto a las disposiciones del GATT como al apartado b) del artículo. A mi juicio, los fines y objetivos del Acuerdo MSF permiten establecer una relación más allá del Artículo XX (b), principalmente con el apartado g), que guarda una lógica similar a la protección

¹²⁶John H. Jackson (Georgetown University Law Center), comentario sobre la publicación de Joanne Scott, nota 70. La traducción es mía.

¹²⁷Nota original del Acuerdo: “En el presente Acuerdo, la referencia al apartado b) del Artículo XX incluye la cláusula de encabezamiento del artículo.”

sanitaria y fitosanitaria: la conservación del medio ambiente (recursos naturales agotables).

Las disciplinas del apartado b) del Artículo XX son “próximas” a las del apartado g). Las disposiciones establecen:

"Artículo XX. 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:

“b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.”

El apartado g):

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

El lenguaje de los apartados b) y g) es amplio. Las disposiciones establecen excepciones generales que reconocen las prerrogativas de los Miembros para conducir políticas ambientales y de protección sanitaria y fitosanitaria.¹²⁸

Estas disposiciones guardan relación con dos procesos evolutivos paralelos: el de los métodos de interpretación del Derecho Internacional y el de los mecanismos —científicos— para alcanzar las políticas ambientales y de protección sanitaria y fitosanitaria.

¹²⁸Mientras el inciso (b) introduce un estándar de “necesidad”, el inciso (g) tiene el criterio de “relativas a”.

El Artículo XX del GATT tiene dos elementos: el *Chapeau* o Preámbulo y un conjunto de excepciones particulares establecidas en varios apartados. Para Bradley Condon, el *Chapeau* del Artículo XX protege a las excepciones contra su interpretación “abusiva”. Las excepciones en particular tienen un grado de flexibilidad: un lenguaje amplio y ambiguo. Es mejor tener términos ambiguos para interpretar disciplinas cambiantes, susceptibles de “evolución”. No obstante, las excepciones como los incisos b) y g) del Artículo XX se interpretan más estrictamente que las obligaciones sustantivas.¹²⁹

Para efectos de determinar la proximidad de intereses entre el apartado g) y el b) del Artículo XX debemos tomar en cuenta la flexibilidad proveniente de la ambigüedad de las disciplinas que regulan. Esta flexibilidad responde a un principio de necesidad, que a la vez estriba en un hecho: las materias que regulan los artículos XX (b) y XX (g) no son estáticas.¹³⁰ Luego entonces, su interpretación debe ser capaz de proporcionar respuestas dinámicas.¹³¹

B. El rol de las reglas del ESD.

El Artículo 3.2 del ESD acota la función del sistema de Solución de Diferencias a la *preservación* de derechos y obligaciones de los Miembros y a la *clarificación* de las provisiones existentes, sin añadir o disminuir derechos y obligaciones. Por su lado, el Artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC otorga competencia exclusiva al Consejo

¹²⁹Bradly Condon, op. Cita, nota XX, página 38. El *Chapeau* tiene un estándar estricto de aplicación, que requiere que una medida no discrimine arbitraria o injustificadamente y que no sea una restricción encubierta al comercio para poder invocar una excepción general.

¹³⁰*Ibidem*, página 39.

¹³¹La propuesta es: en abstracto puede percibirse, intuirse, la relación entre los apartados b) y g). No obstante, la relación debe concretarse caso por caso. Ello no obsta para plantear la proximidad de intereses.

General y a la Conferencia Ministerial para proveer de interpretación sobre las disposiciones de los acuerdos multilaterales de la OMC.

Estas disposiciones son básicas para determinar el mandato de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, y reflejan la intención de los Miembros de restringir (delimitar, cuando menos) la función interpretativa de la judicatura de la OMC. No obstante, el propio Artículo 3.2 del ESD establece que la labor de clarificación de las disposiciones debe atender a las reglas usuales de interpretación de Derecho Internacional Público. Asimismo, aquí debemos recordar la diferencia entre interpretación jurisdiccional e interpretación auténtica.

La ambigüedad es la condición de aplicación de los medios complementarios de interpretación y es el elemento que habilita tomar en cuenta “toda norma de Derecho Internacional” aplicable a las relaciones entre las partes.

Pauwelyn sostiene que las reglas e instrumentos que no forman parte de la OMC le aplican a los acuerdos abarcados.¹³² A su juicio, esta interpretación fue confirmada por el Grupo Especial en *Corea – Contratación Pública*:

“Tenemos presente que en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD debemos tratar, en el contexto de cada diferencia en particular, de aclarar las disposiciones vigentes de los Acuerdos de la OMC de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional público. Sin embargo, la relación entre los Acuerdos de la OMC y el Derecho Internacional consuetudinario tiene mayor alcance.”¹³³

¹³² Joost Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* American Journal of International Law, No. 535, páginas 542-543.

¹³³ Cita original: “Observamos asimismo que no vemos en ello fundamento para deducir *a contrario* que las normas del Derecho Internacional distintas de las relativas a la interpretación no son aplicables. Sobre esto, el párrafo 2 del artículo 3 contempla un problema específico que se había planteado en el marco del GATT,

El Derecho Internacional consuetudinario aplica en forma general a las relaciones económicas entre los Miembros de la OMC, siempre que sus disposiciones no se “aparten” de los Acuerdos de la OMC.

En conclusión, la aplicación de normas extrañas al Derecho de la OMC, en la interpretación de los acuerdos abarcados, dependerá de tres factores: (1) que las normas versen sobre las relaciones comerciales entre los Miembros de que se trate; (2) que su aplicación sea consistente con los acuerdos abarcados; y (3) que no exista una norma de la OMC que las excluya. En otras palabras, el sistema de Solución de Diferencias adopta la postura de Tratchman descrita en la introducción.

4. Interpretación evolutiva e interpretación efectiva.

En *Estados Unidos –Juegos de Azar*, el Órgano de Apelación reconoció el método de interpretación efectiva, al observar que un tratado debe interpretarse de forma que *se dé significado a todas sus disposiciones y no se prive de contenido material* al objeto y fin del mismo.¹³⁴

En el contexto del Acuerdo MSF, el método de interpretación efectiva opera cuando un Miembro ejerce la posibilidad de refutar determinada presunción. El Artículo 2.4 establece una presunción de consistencia con el GATT para las medidas que sean consistentes con el propio Acuerdo MSF. La posibilidad de refutar esta presunción es

consistente en que, entre otras cosas, el recurso a los antecedentes de negociación se estaba utilizando en forma que cabría considerar incompatible con las normas usuales del Derecho Internacional público para la interpretación de los tratados”.

¹³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de Azar*, párrafos 268-276.

la fuente de aplicabilidad de las excepciones del Artículo XX del GATT.

Por su lado, la *interpretación evolutiva de los tratados* ha sido continuamente reconocida por distintos tribunales internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido que los instrumentos internacionales de derechos fundamentales son “instrumentos vivos”, cuya *interpretación* tiene que acompañar la *evolución* de los tiempos y las condiciones de vida actuales.¹³⁵

En un contexto más cercano al Derecho Comercial Internacional, el antecedente más famoso de la interpretación evolutiva está en el *dictum* elaborado por el árbitro Max Huber, en el caso *Isla de Palmas*:

“Un hecho jurídico debe apreciarse bajo la luz del derecho que le es contemporáneo, y no bajo el derecho vigente al momento en que surja o deba ser resuelta una disputa relativa a aquel”.¹³⁶

En el Derecho de la OMC, el Órgano de Apelación aplicó este método en *Estados Unidos – Camarones*:

¹³⁵ Caso *Masacres de Itunuango v. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 155. En el mismo sentido: Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párrafo 117; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, sentencia de 17 de junio de 2005; Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A, Número 16, párrafo 114 y voto particular del juez Cançado Trindade; Caso *Tyrer v. The United Kingdom*, sentencia 5856/72 de 25 de abril de 1978 de la Corte Europea Derechos Humanos, párrafo 31.

¹³⁶ Caso *Isla de Palmas (Estados Unidos/ Países Bajos)*, laudo arbitral de abril de 1928, de la Corte Permanente de Arbitraje, página web: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf, U.N. Rep. International Arbitral Awards, página 829. Fecha de consulta: 30 de junio de 2011,

“Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo g) del Artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo". Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos.¹³⁷

Y en *China –Publicaciones y servicios audiovisuales*:

“En términos más generales, estimamos que los términos utilizados en la Lista de China anexa al AGCS ("grabación de sonidos" y "distribución") son lo bastante genéricos para que aquello *a lo que se aplican pueda cambiar con el paso del tiempo*. Observamos a ese respecto que las Listas anexas al AGCS, como el propio AGCS y todos los Acuerdos de la OMC, constituyen tratados multilaterales con *obligaciones continuadas que los Miembros de la OMC han concluido por un período de tiempo indefinido*, con independencia de que fueran Miembros iniciales o se hubieran adherido después de 1995.”¹³⁸

¹³⁷ Véase *Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion* (1971) Informe de la Corte Internacional de Justicia, página 31. La Corte Internacional de Justicia afirmó que cuando los conceptos incorporados a un tratado son "por definición, evolutivos", su "interpretación no puede permanecer insensible a la evolución posterior del derecho... Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación". Véase también: *Sea Continental Shelf Case*, (1978) Informe de la CIJ, página 3; Jennings y Watts (editores), *Oppenheim's International Law*, novena edición, volumen I (Longman's, 1992), página 1282 y E. Jiménez de Arechaga, "International Law in the Past Third of a Century", (1978-I) 159 *Recueil des Cours* 1, página 49.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *China –Productos y servicios audiovisuales*, párrafo 396.

Además, en *Japón –Bebidas Alcohólicas II*, el Órgano de Apelación notó que las normas de la OMC son confiables para realizar juicios razonados para enfrentar hechos reales, en casos reales, en el mundo real:

“Las normas de la OMC son fiables, comprensibles y exigibles. Esas normas no son tan rígidas ni inflexibles que no permitan juicios razonados para hacer frente al interminable y siempre cambiante flujo y reflujo de los hechos reales, en casos reales, en el mundo real. Servirán mejor al sistema de comercio multilateral si se interpretan con ese espíritu. De ese modo, conseguiremos la "seguridad y previsibilidad" que buscaban para el sistema de comercio multilateral los Miembros de la OMC al establecer el sistema de Solución de Diferencias.”¹³⁹

La práctica en la Solución de Diferencias ha llevado a reconocer otros principios en el contexto del Derecho de la OMC. Por ejemplo, el principio *in dubio mitius* prevé que frente a un significado ambiguo, se interprete en el sentido que un Miembro asuma su obligación de la forma menos onerosa posible (algo parecido al principio de conservación del contrato en materia de obligaciones civiles entre particulares). Otro ejemplo en el contexto del Acuerdo MSF es el “principio de precaución”, que permite a los Miembros regular para prevenir riesgos en su territorio. Este principio, que nació en el Derecho Internacional Público, tiene una aplicación específica en el Artículo 5.7.

5. Conclusión

Los acuerdos abarcados y el Acuerdo sobre la OMC se interpretan de conformidad con los criterios de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados. En términos generales,

¹³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón –Bebidas Alcohólicas II*, página 34.

considerando que la jurisprudencia de la OMC sigue desarrollándose y que algunos acuerdos nunca han sido interpretados, el sentido corriente y la interpretación contextual son las fuentes más utilizadas.

No obstante, el Derecho de la OMC es susceptible de interpretarse bajo reglas y principios de interpretación que están bien desarrollados en el Derecho Internacional Público y que incluso ya han sido aterrizados en el contexto de la OMC. Tanto la interpretación efectiva como la evolutiva han sido aplicadas en el Sistema de Solución de Diferencias. Asimismo, existen posturas que sugieren hacer mayor uso de otras herramientas del Derecho Internacional Público para interpretar las normas de la OMC.

El resto del artículo utilizará éstas herramientas de interpretación para sostener la aplicabilidad del Artículo XX del GATT al Acuerdo MSF.

III. La relación del artículo XX del GATT con el acuerdo MSF.

1. Introducción

El Artículo XX del GATT establece nueve excepciones generales a las obligaciones sustantivas de dicho acuerdo. Caso por caso, las excepciones puede aplicar a obligaciones específicas de los acuerdos abarcados. Salvo el artículo XIV del AGCS, el resto de acuerdos abarcados no tienen un apartado que establezca excepciones generales. Sin embargo, como recientemente ha establecido la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que cada acuerdo abarcado tiene su propio “conjunto de flexibilidades y excepciones”.¹⁴⁰No obstante, los acuerdos abarcados son contexto relevante entre sí. En este sentido, y atendiendo al objeto y fin de la OMC, surge la siguiente interrogante ¿pueden invocarse las excepciones generales del GATT para justificar el incumplimiento de obligaciones bajo otro acuerdo abarcados?

Este capítulo sostiene que las excepciones generales del Artículo XX (b) y XX (g) del GATT pueden invocarse para justificar el incumplimiento de las obligaciones bajo el Acuerdo MSF y que las demás excepciones no son aplicables. Con base en las reglas de interpretación pertinentes y en el orden de análisis fijado por la jurisprudencia, se determinará la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT. Primero, me ocupo de la interpretación del *Chapeau* del

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, *China – Materias Primas*, párrafos 7.153 – 7.159.

Artículo XX y después, determinaré la aplicabilidad de las excepciones en particular en relación con el Acuerdo MSF.¹⁴¹

Si hay conflicto entre el GATT y el Acuerdo MSF, prevalece el Acuerdo MSF. Si no hay conflicto, los dos aplican. Primero se analizan las disposiciones del Acuerdo MSF y después las del GATT. Los estándares que establece el Acuerdo MSF deben analizarse, en principio, “con arreglo a las disposiciones del propio Acuerdo”.¹⁴²

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

2. Chapeau, el preámbulo del Artículo XX del GATT y el Artículo 2.3 del Acuerdo MSF.

El Órgano de Apelación ha establecido un doble análisis para interpretar el Artículo XX del GATT. En cualquier diferencia, primero se analizan las excepciones particulares que establece el Artículo XX. Después, se analiza el preámbulo o *Chapeau*, es decir, la parte de la norma que prescribe la *forma* en que se debe aplicar una medida.¹⁴³ El objetivo del *Chapeau* es “prevenir el abuso de las excepciones”, y

¹⁴¹ Sobre este punto en particular, en una diferencia el análisis se hace en orden distinto, es decir, primero se interpreta la excepción en particular y después se analiza si es compatible con las prescripciones del *Chapeau*.

¹⁴² Bradley J. Condon. op. Cita., página 57, nota 57.

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Gasolina*, página 24.

constituye una “aplicación específica del principio general de *abus de droit*.”¹⁴⁴

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

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

[Énfasis].

El Preámbulo del Artículo XX:

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

Aunque es evidente el parecido de ambas disposiciones, es preciso hacer distinciones. El Artículo 2.3 constituye una obligación sustantiva que se complementa con el resto de obligaciones “de corte científico” del Acuerdo MSF.¹⁴⁵ El *Chapeau*, por su lado, tiene requisitos tanto de fondo como de procedimiento para validar una

¹⁴⁴ Bradly J. Condon, “El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica”, Cameron May, 2007, Reino Unido, página 260.

¹⁴⁵ Principios científicos, testimonios científicos suficientes y evaluación de riesgo adecuada.

excepción, por lo que su interpretación es mucho más estricta que la del Artículo 2.3. En el Artículo 2.3, el debate está en determinar la *calidad* del trato diferenciado, mientras que en el Artículo XX, la cuestión está en determinar si el trato diferenciado contribuye a que exista discriminación.¹⁴⁶

Ambas disposiciones tienen un triple criterio:

- Que no haya discriminación “arbitraria” o “injustificable”.
- Comparación. Para el Chapeau, entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. En el Artículo 2.3, entre territorios donde prevalezcan condiciones similares o idénticas.
- Que no haya una restricción encubierta al comercio internacional.¹⁴⁷

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

“Arbitrario e injustificable”, en el contexto del Artículo XX, se ha entendido como la forma en que una medida puede aplicarse, tanto en sus lineamientos detallados como en su aplicación específica. Por arbitrario puede entenderse la falta de cooperación (con los gobiernos de los países exportadores) de parte de un Miembro, para lograr que las mismas reglas que les aplican a los productores nacionales se apliquen a los productores extranjeros.¹⁴⁸

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación dijo que hay discriminación “arbitraria e injustificada” no sólo cuando hay

¹⁴⁶ Joanne Scott, op. cit., página 142, nota 70.

¹⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)*, párrafo 118.

¹⁴⁸ Bradly Condon, op. cit., página 162, nota 126.

un trato diferenciado entre países donde prevalecen las mismas condiciones, sino también cuando se da un trato idéntico a países en diferentes condiciones, principalmente cuando la aplicación de una medida “no permite ninguna investigación para determinar si [un] programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en países exportadores”.¹⁴⁹

La discriminación pueda darse *de iure* o *de facto*.¹⁵⁰ Por ejemplo, un Miembro podría aprobar una ley con una prohibición general para las vacunas que combaten el papiloma humano, pero aplicarla únicamente a su principal competidor en la producción de fármacos, discriminándolo *de facto*.

En *Estados Unidos – Aves de Corral*, el Grupo Especial observó que el Artículo 5.5 del Acuerdo MSF constituye una aplicación más específica del Artículo 2.3, por lo que sus disposiciones y criterios son relevantes para la interpretación de este último. También consideró que: la expresión “arbitraria o injustificable” y las constataciones sobre el Preámbulo del Artículo XX del GATT son útiles para orientar la interpretación del Artículo 2.3.¹⁵¹

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

¹⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 165. En *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo en que “condiciones” se refiere a las “reinas entre los países exportadores y en los países exportadores”, página 27-28. Este criterio es congruente con el Artículo 4 del Acuerdo MSF, que establece la obligación de equivalencia a cargo de los Miembros importadores, de aceptar las MSF de otros exportadores cuando éstos demuestren objetivamente que sus MSF logran el nivel adecuado de protección del Miembro importador.

¹⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párrafo 78.

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de Corral*, párrafos 7.248 – 7.251.

científicos suficientes de conformidad con el Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.

Lo anterior da cuenta de una conexión entre las obligaciones “base” del Acuerdo MSF y el Artículo 2.3. La interpretación del Preámbulo del Artículo XX del GATT puede utilizarse para el acuerdo MSF siempre que se vincule racional y objetivamente con la base normativa científica de las MSF. En todo caso, no debe perderse de vista que hay “diferencias estructurales” entre las disposiciones.¹⁵²

Sobre el elemento “restricción encubierta”, éste debe interpretarse junto con los elementos de “discriminación arbitraria e injustificable”; se dan sentido recíprocamente.¹⁵³

Interpretar y aplicar el *Chapeau* equivale a la “delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio” entre el derecho de los Miembros de invocar excepciones al amparo del Artículo XX y los derechos sustantivos de otros Miembros en virtud del GATT.¹⁵⁴ Esta lógica debería aplicar para equilibrar las disposiciones del GATT con las de otros acuerdos abarcados, en este caso, el Acuerdo MSF.

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

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, *CE –Hormonas*, párrafo 239.

¹⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Gasolina*, página 29.

¹⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Camarones*, párrafo 158-159.

El Acuerdo MSF y sus medidas están sujetos a la misma pretensión de equilibrio que persigue el Artículo XX del GATT:

“La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos.”¹⁵⁵

El preámbulo incorpora el reconocimiento de los Miembros de la OMC de la necesidad de mantener un equilibrio de derechos y obligaciones. Del mismo modo, tanto el apartado b) del Artículo XX del GATT como el preámbulo y las disposiciones del Acuerdo MSF reconocen la naturaleza legítima de las políticas e intereses englobados en el mismo: la legitimidad de la protección sanitaria y fitosanitaria.

Debe establecerse un equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción en virtud del Artículo XX y su deber de respetar los derechos convencionales de otros Miembros.¹⁵⁶

Cada uno de los párrafos a) al j) establecen una excepción limitada y condicionada de las obligaciones sustantivas contenidas en las demás disposiciones del GATT. “*La disponibilidad en última instancia de la excepción está sujeta a que el Miembro que la invoca cumpla las prescripciones del preámbulo*”.¹⁵⁷ El *Chapeau* es el último bastión para el Artículo XX y en ese sentido, la posibilidad de invocar las excepciones particulares para amparar disposiciones del Acuerdo MSF no debe restringirse *a priori*, pues hay buenas razones para ponderar las disciplinas del Acuerdo MSF con las excepciones en particular del Artículo XX del GATT.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 159.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 156-157.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 160.

3. Aplicabilidad del Artículo XX del GATT a las disposiciones del Acuerdo MSF: *The “Pollo Chino” Affair.*

China y Estados Unidos tienen una importante actividad litigiosa dentro del sistema de Solución de Diferencias de la OMC.¹⁵⁸ En 2006, Estados Unidos formuló una determinación preliminar para autorizar las importaciones de productos de aves de corral (*poultry*) provenientes de China, por considerar que su sistema de inspección era equivalente a las normas norteamericanas. Sin embargo, en 2008, a través del artículo 733 de la Ley de Asignaciones, Desarrollo Rural, Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos y Organismos Conexos (“Ley Ómnibus”), Estados Unidos estableció una restricción para que no se emitiera una norma que a la vez autorizara la importación de productos de aves de corral chinos al territorio estadounidense.¹⁵⁹

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

¹⁵⁸ Hasta ahora 6 casos: *Estados Unidos –Salvaguardas sobre el acero*, DS252; *Estados Unidos-Derechos Antidumping y compensatorios*, DS 379; *Estados Unidos –Aves de corral (China)*, DS392; *Estados Unidos –Neumáticos (China)*, DS399; y las consultas por medidas antidumping DS368 y DS422. En septiembre de 2011 *China – Materias Primas.*

El 20 de septiembre de 2011, Estados Unidos solicitó la celebración de consultas con China por la imposición de derechos antidumping y compensatorios, derivados del pollo de engorde procedentes de Estados Unidos.

¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos –Aves de corral (China)*, párrafos 2.21 y 2.4.

China alegó que fue privada de la posibilidad de acceder al mercado estadounidense a raíz de la aprobación de una ley que restringía la capacidad del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA) y del Servicio de Bromatología (FSIS), dependiente de ese departamento, para utilizar los fondos asignados por el Congreso norteamericano para establecer o aplicar una norma que a la vez permitiera la importación a Estados Unidos de productos de aves de corral procedentes de China.¹⁶⁰

China combatió el artículo 727 de la Ley Ómnibus de 2010, que establecía una restricción igual a la de 2008. Alegó que el artículo 727 (la MSF en litigio) era inconsistente con disposiciones del GATT (artículo 1:I y XI:1) y con los Artículos 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.6 y 8 del Acuerdo MSF.¹⁶¹ El 29 de septiembre de 2010, el Grupo Especial rindió su informe.

Este asunto es paradigmático porque es el primero en interpretar varias disposiciones del Acuerdo MSF. Es el único que ha estudiado a fondo el Artículo 5.6. Asimismo, el caso tuvo que enfrentar por vez primera la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT, así como el orden de análisis que debe seguirse al interpretar ambos tratados. Por último, el caso estableció una interesante interpretación del Artículo XX (b) en relación con el Acuerdo MSF, pero no se pronunció sobre el resto de las excepciones.¹⁶²

A. *Lex specialis y orden de análisis.*

El Grupo Especial se dio a la tarea de construir un orden de análisis relativamente nuevo, sobre la base de las alegaciones

¹⁶⁰ El FSIS es el órgano encargado de las cuestiones relativas a la inocuidad de los alimentos.

¹⁶¹ Bradley J. Condon, op. Cita, páginas 1, 2 & 10-12, nota 33.

¹⁶² *Ibidem*, página 3. También se impugnó la moratoria que aplicaba la medida.

planteadas por China y con base en la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT.

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

El Grupo Especial observó que la medida en litigio constituía una MSF, por lo que empezó con el análisis sustantivo de los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF. Constató que el artículo 727 de la Ley Ómnibus de Asignaciones violaba el Artículo 5.1 y el 5.2 porque no se basó en una evaluación de riesgo. Así, concluyó que la medida tampoco se basó en principios científicos y que se mantenía con testimonios científicos insuficientes, violando, por implicación, el Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.¹⁶³

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

Luego de estudiar las disposiciones del Acuerdo MSF, el Grupo Especial encontró que la MSF en litigio era igualmente inconsistente con los artículos I:1 del GATT y XI:1 del GATT: por no conceder

¹⁶³ En esta conclusión, convalidó el orden de análisis establecido en *CE –Hormonas* y respetado en las diferencias posteriores.

“inmediata e incondicionalmente” la misma ventaja a China que a otros Miembros comerciales); y por que la aplicación de la medida resultaba en la prohibición *de facto* de las importaciones de productos provenientes de China.

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

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

El problema fue el siguiente: (1) China hizo alegaciones bajo el GATT además de las que hizo bajo el Acuerdo MSF; (2) la única excepción invocada por Estados Unidos fue la del Artículo XX (b) y sólo como defensa a violaciones del GATT; (3) Estados Unidos aplicó una MSF con bases precarias, es decir, sin soporte científico.

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

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

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

Estados Unidos argumentó que el Acuerdo MSF constituye contexto para interpretar el apartado b) del Artículo XX. Sin embargo, consideró que “no sería correcto considerar que el Acuerdo MSF modifica o amplía el alcance del Artículo XX (b), y que no constituye un contexto más ‘inmediato’ que otras disposiciones de los acuerdos abarcados.”¹⁶⁴

Por su lado, China sostuvo que las disposiciones del Acuerdo MSF constituyen un contexto pertinente e inmediato para la interpretación del Artículo XX (b); principalmente los artículos relacionados con la justificación de una MSF: 2, 3, 5, 6 y 8 del Acuerdo MSF.¹⁶⁵

El Grupo Especial hizo las siguientes aclaraciones: (1) atendiendo al Preámbulo del Acuerdo MSF y al sentido corriente de la frase “elaborar”, el Acuerdo MSF “explica y desarrolla en detalle” cómo se debe aplicar el apartado b) del Artículo XX del GATT; (2) dado que el Acuerdo MSF aplica únicamente a MSF, la conclusión anterior sólo aplica a las medidas que hayan sido constatado como sanitarias y fitosanitarias en los términos del Artículo 1 del Acuerdo MSF.¹⁶⁶

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

En virtud del Artículo 2.4, el Grupo Especial concluyó que una MSF cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF

¹⁶⁴ Respuesta de Estados Unidos a la pregunta 54 del Grupo Especial.

¹⁶⁵ Respuesta de China a la pregunta 54 del Grupo Especial.

¹⁶⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos –Aves de Corral*, párrafo 7.471.

se ha constatado, no puede justificarse bajo el Artículo XX (b) del GATT, es decir, “no se pueden aplicar las disciplinas del apartado b) del Artículo XX para justificar dicha medida”.¹⁶⁷

En consecuencia, el Grupo Especial “no aclaró si sería posible invocar el Artículo XX (b) para justificar una violación de otras disposiciones del Acuerdo MSF cuando no haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5.”¹⁶⁸ Tampoco aclaró si sería posible invocar, en todo caso, alguna otra excepción del Artículo XX a pesar de que haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5, por ejemplo, la excepción por razones de “moral pública” de conformidad con el Artículo XX (a) del GATT.

Estados Unidos – Aves de Corral constituye una diferencia relevante para construir una interpretación sobre el Acuerdo MSF y su relación con las demás excepciones del Artículo XX del GATT. Si bien el panel fue cuidadoso en no establecer una interpretación en este sentido (las premisas fácticas del caso no se lo permitieron), el caso sí proporciona elementos para construir un análisis con respecto a lo siguiente:

¿El Artículo XX del GATT sólo aplica al Acuerdo MSF tratándose del apartado b)?

¿Es posible invocar las excepciones del Artículo XX para amparar disposiciones del Acuerdo MSF, tratándose de los demás apartados?

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

En *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación estableció que la aplicación de las excepciones del Artículo XX del GATT puede

¹⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 7.482.

¹⁶⁸ Bradley J. Condon, op. Cita página 12.

adoptar una forma especial en atención al principio de interpretación efectiva o *effet utile*.

Así, en el contexto del apartado b) del Artículo XX del GATT, un Miembro puede invocar una excepción al amparo de esta disposición, en atención al *effet utile*, si esa disposición no pudiera invocarse para permitir a un Miembro “adoptar o aplicar” medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas”. La evidencia relativa sobre los riesgos para salud derivados de las propiedades físicas de un producto, no impide que una medida sea incompatible con una disposición sustantiva del GATT o bien, con una disposición sustantiva del Acuerdo MSF.¹⁶⁹

Las mismas pruebas que sirven para constatar la inconsistencia de determinada medida con una disposición sustantiva del GATT o del Acuerdo MSF, pueden tener “un propósito diferente en el marco del apartado b) del Artículo XX: apreciar si un *Miembro* tiene motivos suficientes para ‘adoptar o aplicar’ una medida incompatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, por razones vinculadas con la salud humana.”¹⁷⁰

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

¹⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, párrafo 115.

¹⁷⁰ *Ibidem*, párrafos 115-116.

instrumento para aplicar la interpretación contextual en el Derecho de la OMC.¹⁷¹

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

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

Aquí es conveniente señalar que las conclusiones a las que arribaron el grupo especial en *China –Materias Primas*, sobre la inaplicabilidad del Artículo XX (b) para justificar disposiciones del Protocolo de Adhesión de China, no aplican al Acuerdo MSF. Primero, contrario al Protocolo de Adhesión de China, el Acuerdo MSF sí hace referencia expresa al GATT y a su Artículo XX (b). Incluso establece que es su función “desarrollar” las disposiciones del GATT. En segundo lugar, la interpretación no es un pronunciamiento general sobre la aplicabilidad de las excepciones generales al Acuerdo MSF ni al resto de los acuerdos abarcados. En tercer lugar, el Órgano de Apelación ha interpretado el Protocolo de Adhesión de China en

¹⁷¹ Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009, 274-294.

dos ocasiones; una de ellas relacionada con la posibilidad de invocar el Artículo XX como defensa para justificar una infracción de dicho protocolo.¹⁷² El informe del Grupo Especial en *China – Materias Primas* contradice la lógica del Órgano de Apelación en *China – Productos y servicios audiovisuales*, donde se reconoció, utilizando el método evolutivo de interpretación, que China puede justificar sus medidas bajo las excepciones del Artículo XX; en particular al amparo del apartado a) del Artículo XX. En el siguiente apartado me ocuparé de este importante caso.

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

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

“Defensa contra una presunción”

El Artículo 2.4 del Acuerdo MSF establece que las medidas conformes con el Acuerdo MSF se presumirán conformes con el GATT, particularmente con el apartado b) del Artículo XX. Esta presunción, como toda presunción jurídica, admite prueba en

¹⁷² Informes del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales* y *China - Partes de automóviles*.

contrario. Ahora, para revertir la presunción del Artículo 2.4, un Miembro tendría que demostrar que su MSF es conforme al Artículo XX (b).

La invocación de una excepción bajo el Artículo XX del GATT es la única forma de revertir una presunción del tipo del Artículo 2.4 contra una MSF. Esto significa que un Miembro estaría habilitado para justificar una MSF bajo el apartado XX (b) del GATT. El octavo párrafo del preámbulo del Acuerdo MSF confirma esta interpretación. El Grupo Especial en *Estados Unidos – Aves de Corral* dijo que el Acuerdo MSF “desarrolla en detalle” las disciplinas del apartado b) del Artículo XX. No obstante, las disposiciones no son equivalentes y por tanto, la presunción de conformidad debe tener posibilidad de ser desvirtuada. Por otro lado, si una MSF también se adoptó en atención a otras disciplinas, entonces por virtud del *effet utile* (que irradia la interpretación de los acuerdos abarcados), las violaciones de las disposiciones sustantivas del Acuerdo MSF podrían justificarse bajo las otras excepciones generales del Artículo XX del GATT.

“La aplicación del Artículo XX del GATT a los acuerdos abarcados.”

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

En *Estados Unidos – Camarones (Tailandia)* y en *Estados Unidos – Directivas sobre fianzas aduaneras*, el Órgano de Apelación declinó pronunciarse sobre si el Artículo XX (d) del GATT estaba disponible para justificar una medida inconsistente con el Artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping: en aquel caso, Estados Unidos pudo

(al menos) haber invocado la excepción del Artículo XX (d) ante el Grupo Especial.¹⁷³

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

A. *China– Publicaciones y productos audiovisuales.*¹⁷⁴

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

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

b) Con respecto a los *servicios de distribución*, diversas medidas de China que imponen restricciones de acceso a los mercados o limitaciones discriminatorias a los proveedores extranjeros de servicios que quieran distribuir publicaciones y determinados productos....”¹⁷⁵ [Énfasis añadido]

¹⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos – Directivas sobre fianzas aduaneras*, párrafos 310, 319.

¹⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *China – Productos y servicios audiovisuales*, WT/DS363/AB/R, párrafos 230-233.

¹⁷⁵ Bradley J. Condon, “*China –Publicaciones y productos audiovisuales*”, en *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen I, No. 1, México, 2011, página 97.

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

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

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

El Órgano de Apelación dijo que una obligación “sin perjuicio de” un derecho no podía interpretarse de forma que menoscabara negativamente o hiciera nugatorio ese derecho.¹⁷⁶

Luego interpretó la frase “de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC” como referencia al Acuerdo sobre la OMC en su conjunto, incluidos sus Anexos. Dijo que, en términos abstractos, el “derecho a regular” es una facultad intrínseca que disfruta el gobierno de un Miembro, y no un derecho conferido por tratados internacionales como el Acuerdo sobre la OMC. Luego concluyó que el Artículo 5.1 se refería al comercio de bienes y que la referencia al Artículo III:4 del GATT reforzaba la interpretación de que las disciplinas del Protocolo de Adhesión y las del GATT estaban “estrechamente relacionadas”.¹⁷⁷ El Órgano de Apelación luego utilizó esa conclusión para sostener que el “derecho a regular” de

¹⁷⁶ *Ibidem*, página 102; op. Cita, *China –Publicaciones...*, párrafos 219-221.

¹⁷⁷ *Id.* Página 102.

China debe interpretarse consistentemente con el Acuerdo sobre la OMC “como un todo”, es decir, que las medidas de China, como Miembro, tienen una obligación de *consistencia* con el Acuerdo de la OMC y sus acuerdos abarcados en una doble dimensión:

1. Dimensión afirmativa. Obligación de no contravenir las obligaciones bajo la OMC;
2. Dimensión negativa. Posibilidad de contravenir obligaciones a través de medidas legítimas, capaces de justificarse bajo una *excepción aplicable*.¹⁷⁸

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

Bajo el Artículo 2.4 del Acuerdo MSF, una medida que sea compatible con este acuerdo se presumirá compatible con el GATT, particularmente con el apartado b) del Artículo XX. La medida sería compatible con el GATT aun cuando su aplicación afectara las obligaciones relevantes del comercio de bienes, porque estaría, en

¹⁷⁸ *China – Publicaciones...*op. Cita, párrafos 223-229. En palabras del Órgano de Apelación: “*First, they may simply not contravene any WTO obligation. Secondly, even if they contravene a WTO obligation, they may be justified under an applicable exception...certain rights to take regulatory action that derogates from obligations under the WTO Agreement—that is, to relevant exceptions.*”

todo caso, justificada bajo la excepción general del apartado b) del Artículo XX, sobre protección sanitaria y fitosanitaria.

Si por el contrario, una MSF es incompatible con el Acuerdo MSF, entonces se presumirá su incompatibilidad con las obligaciones principales del GATT y con el apartado b) del Artículo XX, por lo que esa excepción ya no será invocable, como sucedió en *Estados Unidos – Aves de Corral*.

Sin embargo, la presunción sobre incompatibilidad sólo operaría contra la excepción del apartado b) del Artículo XX. Las otras excepciones todavía estarían disponibles para justificar la inconsistencia constatada, como sucedió en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*.¹⁷⁹

En el asunto *CE – Bananas III*, el Órgano de Apelación abrió la posibilidad de que el Artículo XX del GATT aplique a distintos aspectos de una medida. En ese caso, observó que el GATT y el AGCS (GATS) podían aplicar a diferentes aspectos de la medida en cuestión. De la misma forma, el Acuerdo MSF y el Artículo XX del GATT pueden aplicar a distintos aspectos de una MSF. Esto es, una medida puede “activar” disposiciones de estos dos apartados por la forma en la que fue diseñada. Frente a esta posibilidad, las disciplinas de las excepciones generales del Artículo XX pueden ser relevantes frente a una MSF.¹⁸⁰ Lo anterior cobra más sentido cuando una MSF forma parte de una pluralidad de medidas ambientales o cuando una MSF tiene, por sí sola, varios propósitos.

¹⁷⁹ Aunque la medida no era MSF, sino una medida destinada a proteger la “moral pública” de China bajo el apartado a) del Artículo XX.

¹⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 221.

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

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

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

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

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

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

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

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

En uno de los pocos artículos escritos sobre este problema, la reconocida Gabrielle Marceau y el jurista Joel Trachtman dijeron que: extender la aplicación del Artículo XX del GATT para justificar violaciones a otros acuerdo abarcados del Anexo 1A requeriría una “heroica aproximación a la interpretación” del Derecho de la OMC.¹⁸¹

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

A. China –Materias Primas.

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

¹⁸¹ Gabrielle Marceau y Joel Trachtman, “*The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade*”, 36 *Journal of World Trade*, Número 811, 2002, página 874.

fue la parte demandada.¹⁸² El informe fue apelado por los reclamantes y por China.¹⁸³

Las medidas en cuestión eran 4 tipos de limitaciones a las exportaciones de China (derechos, contingentes, restricciones y aranceles a las exportaciones), todas aplicadas a productos considerados materias primas dentro de esquemas “verticales” de producción. China introdujo estas limitaciones con respecto la bauxita, el coque, el espato de flúor, el magnesio, el manganeso, el carburo de silicio, el silicio metálico, el fósforo amarillo y el cinc.¹⁸⁴

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

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

¹⁸² Informe del Grupo Especial, *China – Materias Primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R y WT/DS398/R. Desde su establecimiento, la Unión Europea ahora litiga en la OMC como Miembro en vez de las anteriores Comunidades Europeas.

¹⁸³ Después octubre de 2011, este apartado deberá leerse atendiendo al informe que emita el Órgano de Apelación, ya sea confirmando o revocando las conclusiones y la interpretación establecida por el Grupo Especial. Consultar la página web: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/apellate_body_s.htm.

¹⁸⁴ La 23ª Edición de la Real Academia Española establece los siguientes significados: (1) *Bauxita*. (De Vaud, zona cercana a Arlés, en Francia).- 1. f. Óxido hidratado de aluminio que contiene generalmente cierta cantidad de óxido de hierro y suele ser de color blanquecino, gris o rojizo; (2) *Coque*. (Del inglé. *coque*). 1. m. Combustible sólido, ligero y poroso que resulta de calcinar ciertas clases de carbón mineral; (3) *Espato*. (Flúor).- fluorina; Fluorina (De flúor e -ita2). 1. f. Mineral compuesto de flúor y calcio, cristalino, compacto y de colores brillantes y variados. Tiene uso en las artes decorativas, en metalurgia como fundente y, sobre todo, en el grabado del cristal.

invocando los apartados b) y g) del Artículo XX y el artículo XI (a) del GATT. El Grupo Especial encontró que las medidas de China, aplicadas en su conjunto, eran inconsistentes con el artículo 11.3 de su Protocolo de Adhesión, con respecto a: bauxita, coque, espato de flúor, magnesio, manganeso, silicio metálico y cinc.¹⁸⁵

El informe del Grupo Especial consideró que el Artículo XX del GATT no podía justificar las violaciones al Protocolo de Adhesión de China porque: (1) el texto y el contexto del artículo 11.3 del protocolo chino no hacen referencia alguna, ni siquiera general, al Artículo XX del GATT; (2) los acuerdos abarcados como el ADPIC, el OIT y el propio Acuerdo MSF establecen su propio conjunto de “flexibilidades y excepciones”.¹⁸⁶ El panel dijo que el AGCS tiene sus propias excepciones mientras que el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”) *incorpora expresamente* las excepciones del GATT; (3) la fuente de aplicación del Artículo XX es la incorporación por referencia y no el texto de una disposición; y (4) si los Miembros de la OMC y China hubieran querido hacer aplicable el Artículo XX, lo hubieran establecido, concluir diferente sería desequilibrado.¹⁸⁷

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

¹⁸⁵ Informe del Grupo Especial, *China – Materias Primas*, párrafo 7.105.

¹⁸⁶ *Ibidem*, párrafo 7.153.

¹⁸⁷ *Ibidem*, párrafos 7.154 – 7.159.

“[...] Podría considerarse que la situación creada por esa disposición, considerada aisladamente, es desequilibrada pero el Grupo Especial no puede encontrar en el Protocolo *ni en ninguna otra parte un fundamento jurídico* para interpretar que el párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión de China permite recurrir al Artículo XX del GATT de 1994.”¹⁸⁸ [Énfasis]

La interpretación del Grupo Especial en este caso se adscribe a la aproximación *literalista* de los acuerdos abarcados: “Si no está en el texto, entonces no lo quisieron las partes”. Además, no quedó claro si el argumento de los reclamantes fue sostener la imposibilidad de invocar el Artículo XX para justificar violaciones a otros acuerdos abarcados *en general*: mi opinión es que no. Los reclamantes dijeron que China pretendía “transformar” el significado de “conservación de recursos naturales” para justificar el “crecimiento sus industrias de transformación”; coincidieron en que las materias primas eran recursos naturales agotables, pero consideraron que ninguna de las medidas de China era “relativa a” la conservación de recursos naturales.¹⁸⁹

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

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

¹⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 7.160. Nota del Grupo Especial: “Otro grupo especial al que también se pidió que interpretara el Protocolo de Adhesión de China llegó a una conclusión similar... que no era su cometido ‘hacer una nueva valoración de lo que los Miembros de la OMC habían acordado en las negociaciones que condujeron a la adhesión de China a la OMC’: informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Neumáticos (China), párrafo 7.10.”

¹⁸⁹ *Ibidem*, 7.132 y 7.133.

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

El artículo XI:2(a) tiene por objeto regular una situación distinta de la prevista en el Artículo XX (g). El primero se aplica para prevenir o remediar situaciones temporales de escasez de recursos, no indefinidas ni permanentes. El segundo se refiere a medidas para la conservación de recursos naturales agotables que operan conjuntamente con restricciones al comercio nacional y que se aplican *imparcialmente*, es decir, que se aplican de forma que no pueden excusar la imposición de restricciones a la exportación adoptadas en ayuda al desarrollo económico de la industria nacional.¹⁹⁰ El Grupo Especial concluyó que las medidas chinas no podían justificarse bajo el apartado g) del GATT ni bajo el artículo XI:2(a) porque: (1) no probaron que su aplicación se daba en conjunto con restricciones a la industria nacional; (2) no probaron estar destinadas a fines de conservación del medio ambiente; (3) no probaron ser aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una situación de escasez aguda de recursos.

Aplicación del Artículo XX (b) del GATT.

El Grupo Especial citó el informe del Órgano de Apelación en *Brasil –Neumáticos recauchutados*.¹⁹¹ Recordó que los objetivos de este artículo contemplan la posibilidad de aplicar “una pluralidad de medidas en interacción”. También recordó que para alcanzar ciertos objetivos (protección sanitaria y fitosanitaria o medio ambiente) es

¹⁹⁰ *Ibidem*, párrafos 7.374 – 7.382.

¹⁹¹ *Ibidem*, párrafo 7.140; Informe del Grupo Especial del GATT, *Canadá - Arenque y salmón*, párrafo 4.6.

posible que las medidas tengan que analizarse a largo plazo, siempre que se basen en suficiente evidencia y sean “necesarias”. Esto es consistente con la tesis de que las disciplinas de los apartados b) y g) tienen proximidad de intereses.

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

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

Por último, China no mostró por qué, si tenía a su alcance las medidas alternativas (menos restrictivas) propuestas por las partes reclamantes, no las aplicó en vez de las limitaciones a las exportaciones.¹⁹²

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

¹⁹² *Ibidem*, párrafos 7.262 – 7.318 y 7.390.

“Esos distintos objetivos de política [salud y medio ambiente] no pueden analizarse aisladamente; representan aspectos relacionados de un todo integrado.”¹⁹³

B. *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo.*

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

"no invoca[ban] el Artículo XX del GATT de 1994 como defensa de las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del Acuerdo OTC".¹⁹⁴ Dadas las circunstancias, entendemos que los Estados Unidos opinan que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de ampararse en el Artículo XX para justificar la infracción de una disposición del Acuerdo OTC."¹⁹⁵

La conclusión fue por economía procesal y no de fondo.

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

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

¹⁹³ *Ibidem*, 7.140

¹⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.

¹⁹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.

objetivos de la organización, en el Preámbulo de Acuerdo sobre la OMC.

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

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

*“Las circunstancias políticas, económicas y sociales del mundo de hoy son muy distintas de las de hace una década. Por ejemplo, la seguridad alimentaria, el comercio de recursos naturales y la manera en que afecta al medio ambiente, así como el fenómeno de las cadenas de suministro internacionales, plantean nuevos desafíos a nivel mundial. En consecuencia, existe una brecha cada vez mayor entre las normas comerciales vigentes y la realidad del siglo XXI. Cada vez es más importante que al reflexionar sobre el camino a seguir la Organización examine de qué manera debería adaptarse a los nuevos desafíos.”*¹⁹⁶ [Énfasis añadido]

¹⁹⁶ Pascal Lamy, “Encontrar respuestas para los desafíos del comercio mundial”, palabras del Director General de la OMC publicadas antes del Foro Público de la OMC 2011, celebrado del 19 al 21 de septiembre de 2011 en Ginebra.

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

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

En este estudio, dos disciplinas, identificadas como desafiantes por el director Pascal Lamy, son relevantes: la seguridad alimentaria y el comercio de recursos naturales. Ambas son preocupaciones “no comerciales” reguladas en la OMC. El Acuerdo sobre Agricultura toma nota sobre la importancia de estas; el Acuerdo MSF y las disciplinas del apartado g) del Artículo XX constituyen la regulación ambiental que hace vínculo con el Acuerdo sobre Agricultura.¹⁹⁷ En conjunto, se busca la protección de la vida de los seres vivos a través de la protección de los alimentos. El apartado g) del Artículo XX regula el comercio de recursos naturales agotables, se refiere a la aplicación de medidas:

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

¹⁹⁷ El último párrafo del Preámbulo: “*Tomando nota de que los compromisos en el marco del programa de reforma deben contraerse de manera equitativa entre todos los Miembros, tomando en consideración las preocupaciones no comerciales, entre ellas la seguridad alimentaria y la necesidad de proteger el medio ambiente...*” [Énfasis].

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

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

La aplicabilidad del apartado g) del Artículo XX al Acuerdo MSF, como una alternativa para abordar los desafíos y los fenómenos actuales que preocupan a la OMC; dicha alternativa se puede construir a partir de las disposiciones vigentes en los acuerdos abarcados.

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

a. Primer elemento: “recursos naturales agotables”.

La excepción del apartado g) no se limita a la conservación de recursos “minerales” o “inertes”. En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación sostuvo que “recursos naturales agotables” incluye a los recursos naturales “vivos” que son renovables y que, en ciertas circunstancias, están expuestos a la disminución, agotamiento o extinción como resultado de actividades humanas.¹⁹⁸

El Órgano de Apelación hizo referencia a instrumentos internacionales “modernos” en materia ambiental para sostener que la expresión “recursos naturales agotables” incluía tanto a seres vivos como a seres no vivos (inertes). Se analizó el término genérico “recursos naturales agotables” desde la “perspectiva implícita del Acuerdo sobre la OMC”; se observó que no se trata de un término “estático”, sino más bien de uno “por definición evolutivo”.¹⁹⁹

El lenguaje del Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC demuestra el reconocimiento por parte de los Miembros que la utilización óptima de los recursos mundiales “debe hacerse de conformidad con el objetivo de *desarrollo sostenible*” (énfasis).²⁰⁰ En aquella diferencia, el Órgano de Apelación sostuvo que la interpretación de los acuerdos abarcados debe complementarse

¹⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 128. Para demostrar el carácter agotable de las tortugas marinas, el Órgano de Apelación señaló que éstas figuraban en el apéndice 1, relativo a las especies en peligro de extinción, de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (“CITES”).

¹⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 130.

²⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 153.

atendiendo al lenguaje y fines legítimos que establece el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC: para dar color y textura a los acuerdos.

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

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

Lo anterior constituye una cláusula de imparcialidad. En caso de que no se impongan —en absoluto— restricciones a los productos similares de origen nacional y las limitaciones recaigan exclusivamente sobre productos importados, no cabe aceptar que la medida esté destinada, “no ya principalmente, sino ni siquiera en un grado sustancial”, a alcanzar objetivos de conservación; una medida de ese tipo sería discriminatoria y proteccionista.²⁰¹

En *China – Materias Primas*, el Grupo Especial concluyó que las restricciones a la producción nacional no sólo deben existir sino *operar conjuntamente* con los fines de conservación. Estableció que las restricciones a la producción nacional deben: (1) *velar por la eficacia de las restricciones nacionales y de las restricciones a las exportaciones*; y (2) *operar al mismo tiempo que las restricciones a las exportaciones conexas*. No hay aplicación imparcial de las medidas si éstas no tienen *realmente* el objetivo de conservación, y si no contribuyen a alcanzar otros objetivos tratándose de medidas con varios fines o de una pluralidad de medidas en interacción. Las limitaciones a las exportaciones de China no acreditaron ser relativas a los fines de conservación de materias primas, ni aplicarse “temporalmente” para hacer frente a una escasez aguda en el sentido del Artículo XI(a) del GATT. De hecho, las medidas chinas tenían el

²⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 24-25.

efecto de aumentar los costos para los productores extranjeros y de reducirlos para los productores nacionales; aumentaron la producción nacional y el consumo de las materias primas que supuestamente estaban destinadas a conservar.²⁰²

En *Estados Unidos –Gasolina*, el Órgano de Apelación constató que las restricciones a la producción nacional no hace obligatorio tratar de manera idéntica a los agentes nacionales y a los agentes extranjeros, siempre que se respete el deber de trato imparcial.²⁰³ Por último, en *Estados Unidos –Camarones*, se consideró que el artículo 609 norteamericano constituía una medida imparcial porque se aplicó conjuntamente con restricciones a la pesca nacional, como exige el apartado g) del Artículo XX.²⁰⁴

c. Tercer elemento: El estándar de relatividad.

A diferencia del apartado b), el apartado g) del Artículo XX introduce un estándar de relatividad y no uno de necesidad.²⁰⁵

Los Artículos I, III y XI del GATT son contexto relevante para el apartado g) del Artículo XX, y viceversa. La frase “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables” debe interpretarse estrictamente para no contravenir el fin y el objetivo del párrafo 4 del artículo III. En armonía, el artículo III:4 del GATT tampoco debe interpretarse con un alcance tan amplio que de hecho “vacíe de contenido al apartado g) del Artículo XX y a las políticas e intereses que encarna”.²⁰⁶

En *China –Materias Primas*, el Grupo Especial distinguió entre los objetivos del Artículo XX (g) del GATT y los de la excepción del

²⁰² *Ibidem*, párrafos 7.444-7.458

²⁰³ Op. Cita, *Estados Unidos –Gasolina*, páginas 24 y 25.

²⁰⁴ Op. Cita, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 144-145.

²⁰⁵ Op. Cita, *Estados Unidos –Gasolina*, página 20.

²⁰⁶ *Ibidem*, página 21.

Artículo XI(a) del GATT.²⁰⁷ Dijo que los artículos regulan situaciones distintas. El Artículo XI(a) se refiere a medidas aplicadas para “prevenir” o “reducir” situaciones *temporales*, no indefinidas ni permanentes, que impidan una escasez “grave” o “aguda” o una crisis para los “productos esenciales” de un Miembro.²⁰⁸

Por su parte, el Artículo XX (g) se refiere a la conservación de recursos naturales agotables. Asimismo, el Grupo Especial dijo que el Artículo XX (g) del GATT no podía invocarse si justifica indirectamente algo que el Artículo XX (i) prohíbe directamente, a saber: que se apliquen restricciones a las importaciones de las materias primas que tengan por efecto aumentar la producción nacional. El Artículo XX (g) no puede invocarse en defensa de medidas incompatibles con el GATT cuyo objetivo sea aislar a los productores nacionales de la competencia extranjera invocando la conservación. Por tanto, en este tipo de medidas, deben leerse conjuntamente los apartados g) e i) del Artículo XX del GATT.²⁰⁹

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

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

²⁰⁷ Informe del Grupo Especial, *China –Materias Primas*, párrafo

²⁰⁸ Informe del Grupo Especial, *China –Materias Primas*, párrafo 7.260

²⁰⁹ *Ibidem*, párrafos 7.172 y 7.386.

exclusión.²¹⁰ Así, una medida podría estar destinada “principalmente” a la protección sanitaria y fitosanitaria y “complementariamente” a la conservación de recursos naturales agotables, o viceversa.

En la apelación de *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación observó que la prohibición de Estados Unidos a la importación de camarones de otros Miembros no era burda, sino que guardaba una relación medios–fines con la política de conservación de tortugas marinas. El estándar “relativas a” exige una relación sustancial entre los medios (la medida) y los fines (la política de conservación), pero no necesaria. Para que una medida se considere “relativa a”, basta con que no tenga un alcance o un ámbito (*scope*) desproporcionadamente amplio para alcanzar sus objetivos de protección o conservación.²¹¹

d. *Cuarto Elemento: Limitación jurisdiccional: ¿Interpretación long arm para aplicar el Artículo XX g) al Acuerdo MSF?*²¹²

Cuando una jurisdicción extiende su aplicación más allá de los ámbitos materiales y territoriales que le son “propios”, estamos en presencia de una interpretación *long arm jurisdiction*. En el contexto del Artículo XX del GATT, la interpretación que se hizo en *Estados Unidos – Camarones* sobre el estándar de relatividad de la medida impuesta por Estados Unidos para proteger tortugas marinas, podría considerarse extensiva. La razón: el único vínculo jurisdiccional entre la medida y la política de conservación fue que el territorio

²¹⁰ *Ibidem*, página 22.

²¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 141 y 142.

²¹² No me refiero al principio *long arm's length* del derecho fiscal, que aplica como estándar de competencia para determinar precios de transferencia entre partes no relacionadas.

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

En *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 –Malasia)*, el Órgano de Apelación señaló que las conclusiones mencionadas no constituían una mera declaración con efectos *obiter dicta*, pero aclaró que no discutió la existencia implícita de una limitación en la jurisdicción.²¹³

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

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

En *Estados Unidos – Atún II (México)*, se habló de un concepto similar: “la reglamentación extraterritorial”. En el contexto del Artículo XX del GATT, México sostuvo que las medidas norteamericanas ejercían presión unilateralmente sobre las flotas pesqueras mexicanas; para cambiar sus zonas o sus métodos de pesca, lo cual acreditaba el efecto discriminatorio *de facto* del etiquetado

²¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)*, párrafos 121 y 133 y 138.

Dolphin Safe. México reconoció que es posible que, “en algunas circunstancias limitadas y en virtud de alguna de las excepciones específicas a las obligaciones de la OMC, un esfuerzo unilateral dirigido a modificar el comportamiento de otro país soberano, esté justificado”. Sin embargo, México puntualizó que los Estados Unidos no invocaron ninguna de esas excepciones y que ninguna de ellas se aplica a las medidas estadounidenses.

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

"No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del Artículo XX. *Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del Artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.*"²¹⁴ [Énfasis añadido]

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

A. Proximidad de los intereses: un nexo más fuerte.

Los apartados b) y g) del Artículo XX establecen la autonomía que los Miembros tienen para conducir políticas ambientales. La OMC reconoce institucionalmente esta interpretación y ubica estos

²¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 121.

dos apartados como el lugar común para las “políticas ambientales abarcadas por el Artículo XX”.²¹⁵

Un intérprete de tratados debe tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores que una MSF está destinada a proteger. Cuanto más vitales o importantes sean los intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como “necesaria” una medida concebida como instrumento para lograr la observancia del Artículo XX.²¹⁶

Una MSF puede formar parte de una política ambiental de protección y conservación. Si una MSF es necesaria en los términos del apartado b) del Artículo XX, al mismo tiempo o por sí sola, puede ser “relativa a” la conservación de recursos naturales agotables, siempre que se aplique en conjunto con restricciones a la producción nacional. Las disciplinas de ambas disposiciones están estrechamente relacionadas porque tienen como factor común la protección o la conservación del medio ambiente.²¹⁷

En *Brasil–Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación reconoció que sólo es posible hacer frente a determinados problemas ambientales complejos con políticas globales que comprendan una pluralidad de medidas en interacción.²¹⁸ También identificó “las tensiones que pueden existir entre el comercio internacional, de un lado, y algunos problemas relacionados con la salud pública y el medio ambiente”, de otro; a este respecto, es factor esencial el derecho fundamental de los Miembros de la OMC a determinar el nivel

²¹⁵ La página web de la OMC tiene un apartado llamado “Normas de la OMC y políticas ambientales: las excepciones previstas en el GATT”. En ella se identifican a los apartados b) y g) como los ámbitos donde se ubican las políticas ambientales.

²¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea –Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 162.

²¹⁷ Medio ambiente como un universo que abarca tanto a los recursos naturales agotables vivos como a la protección de la vida y salud de éstos.

²¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil –Neumáticos recauchutados*, página 60.

adecuado de protección (y conservación) que consideren adecuado en cada caso.²¹⁹

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

El alcance de la expresión “necesarias” no se limita a lo que es indispensable, de absoluta necesidad o inevitable. Se refiere a una variedad de grados de necesidad, a un *continuo* en el concepto “necesidad”. En un extremo de este continuo están las medidas “indispensables” y en el otro extremo están las medidas “que contribuyen a”. Las medidas necesarias están significativamente más cerca del polo “indispensable” que del polo “contribuye a”.²²⁰ Siguiendo esta lógica, una medida “relativa a” estaría más cerca del polo “contribuye a” y es más fácil de acreditar que una medida “necesaria”. Si una MSF con fines de conservación y ambientales es encontrada inconsistente con alguna disposición del GATT o del Acuerdo MSF, debe tener la posibilidad de justificarse bajo los estándares de “necesidad” y “relatividad” de los apartados b) y g) del GATT.

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

²¹⁹ *Ibidem*, página 100, párrafos 209-210.

²²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 161.

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

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

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

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

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

B. Otras excepciones generales.

Las excepciones contenidas en los apartados c), e) y f) exceden el objeto de la presente investigación. Me limitaré a señalar que: el apartado c) se refiere a la excepciones “relativas a la importación o a la exportación de oro o plata; el apartado d) se refiere a las medidas “necesarias para lograr la observancia de leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT; el apartado e) se refiera a las medidas “relativas a los artículos fabricados en la prisiones”.²²¹

Las disposiciones de los apartados h), i) y j) del Artículo XX también exceden los propósitos de este trabajo, por lo que no serán analizados.²²²

8. Conclusiones.

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

²²¹ México invocó esta excepción en el asunto *México –Impuestos sobre refresco*. El Órgano de Apelación consideró que el apartado no se refería a la observancia de tratados internacionales (el TLC, como invocaba México).

²²² Con la salvedad de que el Artículo XX i) debe interpretarse conjuntamente con el Artículo XX g) tratándose de limitaciones a las exportaciones.

Las excepciones del Artículo XX son ideales para cumplir esta función de imparcialidad y equidad procesal dentro del Sistema de Solución de Diferencias.

IV. Conclusiones generales.

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

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

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

exigencias del Preámbulo o *Chapeau* son una protección suficiente para evitar el abuso en la invocación de excepciones.

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

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

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

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

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

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

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

V. Tabla de informes citados.

Australia –Manzanas	<i>Informe del Órgano de Apelación, Australia –Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia, WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010</i>
Australia –Manzanas	<i>Informe del Grupo Especial, Australia –Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia, WT/DS367/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS367/AB/R</i>
Australia –Salmón	<i>Informe del Órgano de Apelación, Australia –Medidas que afectan a la importación de salmón, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998</i>
Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	<i>Informe del Grupo Especial, Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá, WT/DS18/RW, adoptado el 20 de marzo de 2000</i>
Canadá - Período de protección mediante patente, Canadá- Patentes (CE)	<i>Informe del Órgano de Apelación, Canadá - Período de protección mediante patente, WT/DS170/AB/R, adoptado el 12 de octubre de 2000</i>
Canadá - Automóviles	<i>Informe del Órgano de Apelación, Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000</i>
CE - Amianto	<i>Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001</i>

<i>CE - Amianto</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/R y Add.1, adoptado el 5 de abril de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS135/AB/R</i>
<i>CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Corr.1, y Add.1 a 9, adoptado el 21 de noviembre de 2006</i>
<i>CE – Hormonas</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998</i>
<i>CE – Trozos de pollo</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, y Corr.1</i>
<i>Estados Unidos – Cigarrillos de clavo</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Medias que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R, publicado el 2 de septiembre de 2011.</i>
<i>China – Materias Primas</i>	<i>Informe del Grupo Especial, China – Medidas Relativas a la Exportación de Ciertas Materias Primas, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011</i>
<i>China – Productivos y servicios audiovisuales</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, WT/DS363/AB/R.</i>

<p><i>Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i></p>	<p><i>Informe del Órgano de Apelación, Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001</i></p>
<p><i>Brasil – Neumáticos recauchutados</i></p>	<p><i>Informe del Órgano de Apelación, Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007</i></p>
<p><i>Brasil – Neumáticos recauchutados</i></p>	<p><i>Informe del Grupo Especial, Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados, WT/DS332/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS332/AB/R</i></p>
<p><i>Estados Unidos – Atún II (México)</i></p>	<p><i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Medidas Relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT/DS381, 15 de septiembre de 2011</i></p>
<p><i>Estados Unidos – Aves de corral (China)</i></p>	<p><i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China, WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010</i></p>
<p><i>Estados Unidos – Aves de corral (China)</i></p>	<p><i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China, WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010</i></p>
<p><i>Estados Unidos – Reducción a cero (CE)</i></p>	<p><i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero"), WT/DS294/AB/R, adoptado el 9 de mayo de 2006, y Corr.1</i></p>

<i>Estados Unidos - Camarones</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998</i>
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/R y Corr.1, adoptado el 6 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/R</i>
<i>Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001</i>
<i>Estados Unidos - Camarones (Tailandia)</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Medidas relativas a los camarones procedentes de Tailandia, WT/DS343/R, adoptado el 1º de agosto de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS343/AB/R, WT/DS345/ABR</i>
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1</i>
<i>Estados Unidos – Cigarrillos de clavo</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos –Diversas Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor. WT/DS/406/R, distribuido el 2 de septiembre de 2011</i>
<i>Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón, WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004</i>

<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996</i>
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS2/AB/R</i>
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1</i>
<i>Estados Unidos – Ley de 1916</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000</i>
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996</i>
<i>Japón - Productos agrícolas II</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas, WT/DS76/R, adoptado el 19 de marzo de 1999, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS76/AB/R</i>
<i>República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005</i>
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas, WT/DS371/R, distribuido a los Miembros de la OMC el 15 de noviembre de 2010 [apelación en curso]</i>

Bibliografía consultada:

- Anastasios Gourgourinis, *Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, Journal of International Dispute Settlement, Volumen 2, Número 1, febrero de 2011, Ginebra, 2011.
- Andrew T. Guzman, *Dispute Resolution in SPS Cases*, en Dan Horowitz, Daniel Moulis & Debora Steger, *Ten Years of WTO Dispute Settlement*, Selected Works of Andrew T Guzman, en International Bar Association, http://works.bepress.com/andrew_guzman/4, Londres, 2007.
- Bradley J. Condon y Tapen Sinha, *Chronicle of A Pandemic Foretold: Lessons from the 2009 Influenza Epidemic*, Social Science Research Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1398445, publicado el 3 de mayo de 2009, fecha de consulta: el 29 de mayo de 2011.
- Bradley J. Condon, “El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica”, Cameron May, 2007, Reino Unido, página 260; “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”, Monografía en CDEI, ITAM, 2010, <http://tinyurl.com/435huf5>; “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Monografía”, en CDEI, Departamento Académico de Derecho, ITAM, 2011; “China – Publicaciones y productos audiovisuales”, en Revista de Derecho Económico Internacional, Volumen I, No. 1, México, 2011; *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 2006.
- Daniel Ruíz Lare, Los criterios de definición de “orden público” como excepción a las obligaciones en el Derecho de la OMC, CDEI, ITAM, 2011 páginas 2-3. Publicado en la página web: http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/Orden_publico_en_OMC.pdf.
- David Winickoff, *et al*, *Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law*, Yale Journal of International Law, Vol. 30, No. 81, 2005.

- Federico Ortino en *“Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: a Critique*, Journal of International European Law, Volumen 9, Número 1.
- Gabrielle Marceau y Joel Trachtman, *“The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”*, 36 Journal of World Trade, Número 811, 2002.
- Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009.
- Jeremy Marwell en *“Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling”*, NYU Law Review, Vol. 81, 2006.
- J.H.H. Weiler, *“Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as International Normative Yardstick?”* Artículo de trabajo 02/04 para el Jean Monnet Program, en Jacqueline Peel, New York University School of Law, 2004.
- Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2007.
- Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.
- Joel Trachtman, *“Book Review: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other International Law by Joost Pauwelyn”* American Journal of International Law, 2004, página 855.
- Joost Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* American Journal of International Law, No. 535.
- Martha C. Nussbaum, *Sin fines de Lucro: ¿por qué la democracia necesita de las humanidades?*, Katz Editores, Primera Edición, España, 2010; Rodolfo Vásquez, *Educación liberal: Un Enfoque Liberal y Democrático*, Fontamara, Segunda Edición, México, 1999; *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Primera Edición, Cambridge, Massachusetts y Londres, Inglaterra, 2009.

- Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum y Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Segunda edición, The Oxford International Law Library, Oxford University Press, Nueva York, 2006.
- Perla Buenrostro Rodríguez, “Comentario sobre Estados Unidos y Canadá – Mantenimiento de la Suspensión de Obligaciones en la Diferencia CE – Hormonas, Informe del Órgano de Apelación”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen I, No. 1, Centro de Derecho Económico Internacional, ITAM, 2011.
- Petros Mavroidis, *No Outsourcing of Law: WTO Law as Practiced by WTO Courts*, *American Journal of International Law*, Volumen 102, 2008.
- Sungioon Cho, *The WTO Doha Round Negotiation: Suspended Indefinitely*, *American Journal of International Law*, Volumen 10, Número 22, septiembre de 2006, <http://www.asil.org/insights060905.cfm#author>.
- Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, 1995.
- Yahir Acosta, “Comentario sobre Brasil — Neumáticos Recauchutados, Informe del Órgano de Apelación, 3 de diciembre de 2007”, en CDEI, ITAM, 2010.
- Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York.