

## CAPÍTULO TERCERO

### COMERCIO INTERNACIONAL, MEDIO AMBIENTE Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

#### I. INTRODUCCIÓN

La protección del medio ambiente se consideraba tradicionalmente un asunto doméstico de los Estados, que trascendía al plano internacional sólo cuando se trataba de evitar o reparar posibles daños transfronterizos. Cada país se preocupaba de la salvaguardia de las especies animales y vegetales situadas en el interior de sus fronteras, mientras que los bienes comunes eran utilizados por el conjunto de los países sin limitación alguna. Las políticas comerciales, en cambio, alcanzaron relevancia internacional al constatarse la necesidad de cooperación entre los países para asegurar los intercambios de mercancías. Medio ambiente y comercio internacional constituían, por consiguiente, dos realidades que eran reguladas y abordadas por los Estados de forma separada.<sup>369</sup>

Los datos científicos han sido un punto de partida para el desarrollo de las políticas ambientales. No obstante, el método científico no siempre genera la información precisa que se necesita para determinar una política ambiental, ya que pocas veces el conocimiento científico es cierto o completo.

La tensión entre ciencia y política se refleja en las regulaciones ambientales internacionales. A menudo esta tarea está a cargo de la Conferencia de las Partes, otras se realiza por organismos que dependen de esta conferencia, y en casos excepcionales, como en el régimen sobre el clima, la evaluación la realiza el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambios Climáticos (IPCC), *ad hoc* para tal efecto.

Hoy en día, es incuestionable la interrelación entre las políticas comerciales y ambientales. De hecho, no es posible regular el comercio internacional sin incidir en otras materias, entre las que figura no sólo el medio am-

---

<sup>369</sup> Fernández Egea, R. Ma., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 34.

biente sino igualmente la propiedad intelectual, la prestación de servicios, las ayudas a la agricultura o al comercio de mercancías.

Las bases del régimen jurídico del comercio internacional datan de 1947, cuando se concluyó el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por su sigla en inglés).<sup>370</sup> Uno de los objetivos del GATT era crear un marco normativo para el comercio internacional que fuera reduciendo las barreras al libre flujo de bienes y servicios. La reducción de las restricciones comerciales impuestas a los bienes importados brindaría a los países miembros del GATT la oportunidad de acelerar su crecimiento económico. Sin embargo, los problemas ambientales no estaban en el orden del día durante las negociaciones previas al GATT, de ahí su escaso reflejo en el marco normativo originario.

La protección ambiental en relación con el comercio internacional empezó a preocupar seriamente con ocasión del asunto *Estados Unidos – restricciones a la importación de atún* de 1991.<sup>371</sup> En este asunto se cuestionó una medida de los Estados Unidos que imponía un embargo sobre los contingentes de atún capturados con redes de cerco, ya que dicho método de pesca causaba además la muerte accidental de delfines.<sup>372</sup>

En este contexto, en el presente capítulo analizaremos las implicaciones que tiene el principio de precaución en el ordenamiento jurídico internacional y su estrecha relación con el comercio mundial. Para ello, empezaremos recordando brevemente qué es y cómo funciona la OMC para poder analizar a continuación sus acuerdos en relación con el medio ambiente y cómo

---

<sup>370</sup> El acuerdo constituyó una de los pilares del llamado sistema Bretton Woods, desarrollado en el marco de la posguerra con la finalidad de promover y administrar el desarrollo económico mundial (los otros dos pilares fundamentales fueron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial).

<sup>371</sup> *Estados Unidos – restricciones a la importación de atún*, el informe del 3 de septiembre de 1991 no fue adoptado. Disponible en [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/envir\\_s/edis04\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis04_s.htm), 20 de febrero de 2012.

<sup>372</sup> La Ley de los Estados Unidos de Protección de los Mamíferos Marinos (de 1972 y enmendada en 1989), contenía medidas de protección de los delfines que debían cumplir tanto su flota pesquera como los países cuyos barcos pesquen atún aleta amarilla en esa parte del Océano Pacífico. Si un país exportaba atún a los Estados Unidos y no podía demostrar a las autoridades estadounidenses que había cumplido las normas de protección del delfín que establece la propia legislación estadounidense, el gobierno dictaba el embargo de todas las importaciones de pescado procedentes de ese país. En esta diferencia, México era el país exportador en cuestión. Sus exportaciones de atún a los Estados Unidos fueron prohibidas y México recurrió en 1991 al procedimiento de solución de diferencias del GATT. El embargo afecta también a los países intermediarios en el comercio entre México y los Estados Unidos, entre ellos Costa Rica, Italia, Japón, España, Canadá, Colombia, Corea y otros.

de forma directa o indirecta se incorpora el principio de precaución. Principalmente nos centraremos en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), el Acuerdo sobre Agricultura y, por último, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), ya que este último aplica de forma especial el principio de precaución y establece una serie de derechos y obligaciones sobre los OMG.

## II. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL FUNCIONAMIENTO DE LA OMC

En 1994 se concluyó la Ronda Uruguay con la firma del Acuerdo de Marrakech que estableció la Organización Mundial de Comercio (OMC).<sup>373</sup> Esta organización tiene como funciones principales supervisar la aplicación y administración de sus acuerdos, proveer un foro para las negociaciones y suministrar un mecanismo para la solución de diferencias. Los objetivos subyacentes a estas funciones están expuestos en el preámbulo del acuerdo que le dio origen, incluyendo entre ellos el elevar el nivel de vida, asegurar el pleno empleo, asegurar un crecimiento importante y continuo de la demanda y de los ingresos reales y por último, expandir la producción y el comercio de mercancías y servicios.

Con el nacimiento de la OMC, la posible incidencia de las reglas comerciales sobre la protección del medio ambiente y la salud de las personas aumentó al extenderse aquéllas a nuevos ámbitos. La preocupación por el medio ambiente fue plasmada en el preámbulo del acuerdo sobre la creación de la OMC, al establecer entre otros objetivos de la organización “a utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo

---

<sup>373</sup> Entre 1948 y 1994 se llevaron a cabo varias rondas de negociación para profundizar el desarrollo del régimen de comercio según los lineamientos mencionados. Las primeras rondas se concentraron especialmente en los aranceles aduaneros, aunque ya desde entonces se mencionaba el tema de las restricciones no arancelarias. La OMC entró en vigor el 1o. de enero de 1995, reemplazando al GATT como la organización responsable de la administración del régimen del comercio internacional. Sobre la OMC, la bibliografía es amplísima, *cf.* por ejemplo, Bermejo García, R., “La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda Uruguay: la OMC”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 1997*, Vitoria, Tecnos-Universidad del País Vasco, 1998, pp. 89-126. Bermejo García, R. y San Martín Sánchez de Muniáin, L., “Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 12, 1996, pp. 147-200.

de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo”.

La OMC cuenta entre sus órganos con el Comité de Comercio y Desarrollo y el Comité de Comercio y Medio Ambiente, que poseen mandatos específicos para concentrarse en las relaciones del comercio con el desarrollo y con el medio ambiente, respectivamente. Estos comités mantienen foros de discusión, pero no negocian normas comerciales.<sup>374</sup> Asimismo, la OMC cuenta con una herramienta para forzar a sus Estados miembros a no desviarse del cumplimiento de las reglas a las que se han comprometido, se trata del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD). El ESD establece un mecanismo en el que se intenta que las diferencias se solucionen de forma amistosa, y ofrece como última posibilidad un mecanismo de solución cuasi-judicial que marca plazos para cada uno de los pasos del procedimiento.<sup>375</sup>

Según el ESD, los informes en la materia se adoptan automáticamente, a menos que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) decida por consenso no adoptarlos. Este consenso hace que las decisiones resulten muy difíciles de ser rechazadas. Sin embargo, el ESD agregó un mecanismo que permite apelar los informes ante el Órgano de Apelación de la OMC. Por tal motivo, cuando un Estado miembro estima que otro Estado incumple las normas del comercio internacional, se efectúa una presentación sobre controversias en el ámbito de la OMC. Generalmente, esto ocurre cuando una empresa eleva tal violación al conocimiento de su gobierno. Las dos partes en litigio siguen luego un procedimiento predeterminado. Las cuatro

---

<sup>374</sup> El comité tiene como mandato identificar la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sustentable; hacer recomendaciones apropiadas sobre la necesidad de modificar o no las disposiciones del sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema. Por mencionar algunos mandatos relacionados con los mercados mencionamos: la relación entre normas comerciales y políticas ambientales con efectos en el comercio, la relación entre normas comerciales y cargas e impuestos aplicados con fines ambientales. En cuanto a los vínculos entre la gestión ambiental y el comercio encontramos: la relación entre normas y medidas comerciales adoptadas con fines ambientales incluidas las adoptadas en acuerdos multilaterales ambientales, la relación entre mecanismos de solución de diferencias de la OMC y aquéllos previstos en los acuerdos ambientales multilaterales, entre otras.

<sup>375</sup> La solución de diferencias es de la competencia del Órgano de Solución de Diferencias que tiene la facultad exclusiva de establecer grupos especiales de expertos (panel) para que examinen los conflictos y de aceptar o rechazar las conclusiones de dichos grupos o los resultados de las apelaciones.

fases del sistema de solución de diferencias son: 1) consulta;<sup>376</sup> 2) decisión del Grupo Especial;<sup>377</sup> 3) apelación, y<sup>378</sup> 4) vigilancia de la implementación.<sup>379</sup>

Cabe señalar que el Mecanismo de Solución de Diferencias no puede obligar a un Estado a cambiar sus leyes, aunque se considere que contravienen las normas de la OMC. Los países que a pesar de esta contravención quieran mantener su legislación nacional, pueden negociar una compensación con el demandante o, en caso contrario, quedarán sujetos a sanciones comerciales a modo de represalia.

En el asunto *Estados Unidos – atún*, los problemas básicos eran si un país podía decir cómo debían ser los reglamentos ambientales que promulgase otro Estado y si las normas del comercio permitían adoptar medidas contra el método utilizado para producir mercancías y no contra la calidad de las mismas. En aquella ocasión, la reglamentación estadounidense fue considerada contraria a las reglas del GATT, lo que provocó que los ecologistas colocaran al GATT en el punto de mira y que fuera objeto de duras críticas por parte de la sociedad civil.

El Grupo Especial concluyó que los Estados Unidos no podían imponer un embargo de las importaciones de productos del atún procedentes de México por el simple motivo de que los reglamentos mexicanos sobre la forma en que se produce el atún no respetaban los reglamentos estadounidenses. Lo que sí podían hacer era reglamentar la calidad o el contenido del atún importado. Además, señaló que las normas del GATT no permitían que un

---

<sup>376</sup> Las partes en una controversia están obligadas a tratar de solucionar sus diferencias. Si las consultas no son satisfactorias dentro de los 60 días, el demandante puede solicitar que el Órgano de Solución de Diferencias establezca un grupo especial. Las partes también pueden emprender procedimientos de buenos oficios, de conciliación o de mediación.

<sup>377</sup> El Grupo Especial, compuesto de tres o cinco personas, decide el caso en un procedimiento cuasi-judicial. Cuando la controversia involucra a un país en desarrollo, uno de los Estados miembros del Grupo Especial proviene de uno de dichos países. El informe del Grupo Especial, distribuido a todos los Estados miembros de la OMC dentro de un plazo de nueve meses a partir del establecimiento de dicho grupo, constituye el fallo del Órgano de Solución de Diferencias, a menos que sea rechazado por consenso o que sea apelado.

<sup>378</sup> Cualquiera de las partes puede apelar el fallo del grupo especial con base en aspectos jurídicos. Las apelaciones son consideradas por tres miembros del Órgano de apelación elegidos al azar. Se pueden confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas hechas por el grupo especial en un informe emitido en un plazo de 30 a 60 días.

<sup>379</sup> El Estado miembro demandado debe declarar sus intenciones sobre la implementación dentro de 30 días a partir de la adopción del informe por parte de Órgano de Solución de Diferencias. Si la parte no cumple con la implementación del informe dentro de un periodo razonable (por lo general, entre 8 y 15 meses), ambos países entablan negociaciones para acordar las compensaciones apropiadas. Si esto fracasa, la otra parte puede solicitar al Órgano de Solución de Diferencias permiso para aplicar represalias, mediante la imposición, por ejemplo, de sanciones comerciales cuyo nivel queda sujeto a arbitraje.

país adoptase medidas comerciales con el fin de intentar que se cumpla su legislación interna en otro, ni siquiera para proteger la salud de los animales o conservar recursos naturales agotables.<sup>380</sup>

En los años de funcionamiento de la OMC se han tramitado varias denuncias en relación con cuestiones relacionadas con las medidas sanitarias y fitosanitarias. Entre los distintos casos que han llegado a la etapa de la elaboración de conclusiones por un Grupo Especial que posteriormente se recurrieron ante el Órgano de Apelación, podemos citar los asuntos: *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*,<sup>381</sup> *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*<sup>382</sup> y, *Japón – medidas que afectan a los productos agrícolas*.<sup>383</sup> Todos ellos están relacionados con la aplicación directa o indirecta de medidas de precaución, que se analizarán a lo largo del capítulo.

Una de las cuestiones de mayor complejidad jurídica es la relativa a la carga de la prueba. El Órgano de Apelación ha reconocido que el concepto de la carga de la prueba se encuentra implícito en el sistema de solución de diferencias de la OMC. De conformidad con la práctica de diversos tribunales internacionales, el Órgano de Apelación ha hecho suya la norma de que la parte que afirma un hecho debe probarlo, por lo que la carga de la prueba recae en la parte que aduce una determinada alegación o defensa.

El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, señaló que:

...no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho, sea el demandante o el demandado, debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el *common law* y de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su

---

<sup>380</sup> *Estados Unidos – restricciones a la importación de atún*, el informe del 3 de septiembre de 1991 no fue adoptado.

<sup>381</sup> Informe del Grupo Especial, *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/R, del 12 de junio de 1998.

<sup>382</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

<sup>383</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999.

reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.<sup>384</sup>

Esto significa que la parte que alega que se ha incumplido una disposición del acuerdo OMC, es decir, el reclamante, debe probar esta alegación. A su vez, la parte que invoca en su defensa una excepción de la obligación presuntamente violada, el demandado, ha de probar que se cumplan las condiciones estipuladas en la excepción. Algunos ejemplos de este tipo de excepciones las encontramos en los artículos XI, párrafo 2, inciso *c*, punto 1,<sup>385</sup> y XX<sup>386</sup> del GATT de 1994. Además, el Órgano de Apelación ha puntualizado que la parte que asume la carga de la prueba debe presentar pruebas suficientes para acreditar *prima facie* lo que ha afirmado. Cuando se establece la presunción de la existencia de una violación de una norma, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá presentar pruebas suficientes para rebatir la alegación y refutar la presunción. Sin embargo, esto no obliga a los grupos especiales a pronunciarse explícitamente sobre si el reclamante ha establecido una presunción de violación antes de que un Grupo Especial pueda proceder al examen de la argumentación y las pruebas del demandado.<sup>387</sup>

Cabe subrayar que la cantidad y la clase de pruebas que son necesarias para establecer una presunción varía para cada medida, disposición y asunto.<sup>388</sup> Dada la gran complejidad de los problemas inherentes a la evaluación de las pruebas científicas, los Grupos Especiales están facultados para recabar información y asesoramiento técnico de expertos elegidos en consulta

---

<sup>384</sup> Punto IV, Carga de la Prueba, 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, del 25 de abril de 1997.

<sup>385</sup> El artículo XI, que trata sobre la eliminación general de las restricciones cuantitativas, cita “2) Las disposiciones del párr. 1 de este artículo no se aplicarán a los casos siguientes. Inciso *c* Restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cualquiera que sea la forma bajo la cual se importe éste, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto: 1) restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado”.

<sup>386</sup> El artículo XX del GATT que trata sobre las excepciones ambientales.

<sup>387</sup> *Cfr.* párrafo 145, Informe del Órgano de Apelación, *Corea – medidas de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R, del 14 de diciembre de 1999.

<sup>388</sup> *Cfr.* Punto IV, Carga de la Prueba, 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, del 25 de abril de 1997.

con las partes.<sup>389</sup> Con ese fin, puede establecerse que un grupo consultivo de expertos o el Grupo Especial puedan consultar con una organización internacional competente.

### III. ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (GATT DE 1994)

El éxito logrado por el GATT en la reducción de los aranceles a niveles tan bajos, unido a una serie de recesiones económicas en la década de los setenta y en los primeros años de los ochenta, incitó a los gobiernos a idear otras formas de protección para los sectores que se enfrentaban a una mayor competencia en los mercados internacionales.<sup>390</sup> Las elevadas tasas de desempleo y los constantes cierres de fábricas durante la crisis de la década de los setenta impulsaron a los gobiernos a crear nuevos tipos de barreras comerciales no arancelarias, a tratar de concertar con sus competidores acuerdos bilaterales de reparto del mercado y a emprender una carrera de subvenciones para mantener sus posiciones en el comercio de productos agropecuarios.<sup>391</sup> Estos hechos minaron la credibilidad y la efectividad del GATT. El problema, sin embargo, no se limitaba al deterioro del clima de política comercial. Es más, a comienzos de la década de los ochenta, parecía que el Acuerdo General no respondía ya a las realidades del comercio mundial como lo había hecho en sus orígenes, por varias razones. En primer lugar, porque este comercio era mucho más complejo que antes, estaba ya en curso la mundialización de la economía; el comercio de servicios, que no estaba regulado por el GATT, era de gran interés para un número creciente de países y las inversiones internacionales se habían incrementado. En segundo lugar, porque la expansión del comercio de servicios estaba también relacionada con nuevos incrementos del comercio mundial de mercancías. Estos factores persuadieron a los Estados miembros del GATT de que debía hacerse un nuevo esfuerzo por

---

<sup>389</sup> *Cfr.* Artículo 11.2 del Acuerdo MSF.

<sup>390</sup> El GATT tenía un carácter provisional y un campo de acción que excluía a los países del bloque soviético, pero su éxito en el fomento del comercio mundial es incontrovertible. Las continuas reducciones de los aranceles estimularon durante los decenios de 1950 y 1960 el crecimiento del comercio mundial.

<sup>391</sup> Sobre la crisis económica véase Lacarte Muró, J., “Crisis económica y proteccionismo: el contexto internacional en el que se gestó la Ronda Uruguay”, en Lacarte Muró, Julio, *Ronda Uruguay del GATT*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 17-20.

reforzar y ampliar el sistema multilateral, llegando a negociar aspectos como los productos agrícolas o los servicios financieros.<sup>392</sup>

Cabe mencionar que el anexo I-A del Acuerdo por el que se estableció la OMC incluyó un documento denominado Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (1994), que jurídicamente es distinto del GATT de 1947.<sup>393</sup> Con este acuerdo la OMC busca lograr sus objetivos mediante la reducción de los obstáculos existentes al comercio y la prevención del establecimiento de otros nuevos. Además, apunta a asegurar tanto condiciones de competencia leales y equitativas en materia de acceso a los mercados como la previsibilidad de dicho acceso para todas las mercancías y servicios comercializados. Este enfoque se basa en dos principios fundamentales: el de la nación más favorecida (artículo I), y el de trato nacional (artículo III), que analizaremos a continuación, ya que ambos conforman el principio de no discriminación, que es el principio rector de la legislación comercial internacional.

### 1. *Principio rector de la legislación comercial: la no discriminación*

El artículo I del GATT establece el principio de la nación más favorecida, según el cual, cualquier beneficio que un Estado miembro conceda a un producto originario de otro país o destinado a él debe ser extendido a todos

---

<sup>392</sup> Se negociaron temas referidos a productos industriales o agrícolas, textiles, servicios financieros, problemas de la propiedad intelectual y movimientos de capital; abarcó la casi totalidad del comercio, incluyendo los productos biológicos más novedosos, las telecomunicaciones o los tratamientos médicos del SIDA. *Cfr.* Decisiones y declaraciones ministeriales de la Ronda Uruguay. En concreto, decisión relativa a los servicios financieros, Decisión relativa a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas y, Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (WT/MIN-01-/DEC/2, del 20 de noviembre de 2001). Disponibles en [www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm), 10 de febrero de 2012.

<sup>393</sup> El GATT de 1994 comprende: 1) las disposiciones del GATT de 1947; 2) las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC: a) protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias; b) protocolos de adhesión (excluidas las disposiciones relativas a la aplicación provisional y a la cesación de la aplicación provisional, así como las que establece que la Parte II del GATT de 1947 se aplicará provisionalmente en toda la medida compatible con la legislación existente en la fecha del Protocolo); c) decisiones sobre exenciones otorgadas al amparo del artículo XXV del GATT de 1947 aún vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC; d) las demás decisiones de las partes contratantes del GATT de 1947; 3) los Entendimientos indicados a continuación: a) Entendimiento relativo a la interpretación de los artículos II, párrafos 1, inciso b), XVII, XXIV y XXVIII; b) entendimiento relativo en materia de balanza de pagos y; c) entendimiento relativo a las exenciones de obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y 4) el Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994.

los Estados miembros del acuerdo. Por tal motivo, un país importador debe aplicar las mismas normas ambientales a todos los países, es decir, todos los productos similares, nacionales o importados deben recibir el mismo tratamiento.<sup>394</sup>

Este principio exige, además, que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un nuevo mercado, deba hacer lo mismo para los mismos productos de los otros Estados. Sin embargo, esta norma prevé dos excepciones importantes. La primera se refiere a los acuerdos comerciales regionales. Cuando se adoptan este tipo de acuerdos, se permite el establecimiento de aranceles aduaneros preferenciales entre las partes contratantes. La segunda se aplica a los países en desarrollo, en especial a los menos adelantados. El GATT permite que sus miembros apliquen aranceles aduaneros preferenciales, o incluso arancel cero, frente a los productos provenientes de dichos países, mientras mantienen altos aranceles para productos similares originarios de otros países. Con esta excepción se pretende fomentar el desarrollo económico en aquellos Estados donde resulta más necesario.

El artículo III del GATT, por su parte, establece el principio de trato nacional, es decir, que los productos provenientes de otros países deban recibir el mismo trato que los productos similares fabricados en el país importador. En este caso no se debe aplicar ninguna legislación nacional a los productos importados con el fin de proteger a los fabricantes nacionales de los productos similares competitivos. Además, los productos importados no deben recibir, por parte de la legislación nacional, un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional.

---

<sup>394</sup> El término “similar” no ha sido definido específicamente. El sistema de solución de diferencias de la OMC a menudo ha encontrado serias dificultades para establecer si determinados productos son o no similares, por lo que se han desarrollado algunos criterios para facilitar esta tarea. Entre ellos, se encuentran el del uso final en un mercado determinado, los gustos y hábitos del consumidor, y las propiedades, naturaleza y calidades de los productos. Más recientemente, el criterio que se impone al aplicar la prueba de productos similares es la posibilidad de su sustitución comercial: ¿compiten dos mercancías como sustitutos en el mercado? Por ejemplo, el Grupo Especial determinó que los aguardientes blancos como el vodka y los aguardientes de color oscuro como el whisky, que se importaban, y el shōchū, que se producía en el Japón, eran productos similares, habida cuenta de sus características físicas y sus usos finales. También afirmó que el contenido alcohólico de las bebidas no impedía considerarlas *similares*, puesto que las bebidas alcohólicas muchas veces se consumían en forma diluida y que en el Japón el vodka y el shōchū estaban bajo la misma clasificación en la partida del arancel el Grupo Especial encontró que el artículo III.2, los productos importados (vodka, ron, ginebra, brandy, whisky y licores), por una parte, y el shōchū, por otra, eran “productos competidores o directamente sustituibles entre sí”. *Cfr.* párrafos 6.29 y ss., Informe del Grupo Especial *Japón – impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R, del 11 de julio de 1996.

En este contexto, los Estados pueden, no obstante, proteger su producción nacional por un sinnúmero de motivos, por ejemplo, adecuando el estándar de protección ambiental fijado para ellos. Dicha protección puede ser contraria al GATT si en realidad pretende situar a los productos nacionales en mejores condiciones competitivas frente a los importados, lo que se conoce como “proteccionismo”. La dificultad, sin embargo, estriba en diferenciar los casos de protección de los de proteccionismo.<sup>395</sup>

Los criterios para determinar si existe proteccionismo son dos principalmente y hacen referencia al tipo de discriminación de que se trate y al hecho de que sean los productos importados los que soportan, o puedan soportar, en mayor medida las desventajas de la regulación nacional.<sup>396</sup> El primer criterio es la naturaleza de la discriminación que puede ayudar a constatar si existe proteccionismo. Cuando se dispensa un trato diferente en función del origen de varios productos similares, opera una fuerte presunción de proteccionismo que la parte reclamada debe refutar. El segundo criterio es la inherencia que permite afirmar la existencia de proteccionismo cuando las mercancías beneficiadas lo son por contar con una característica, atributo o factor que es inherente a su origen y que sirve como elemento diferenciador para situar a los bienes importados en una posición competitiva desventajosa.<sup>397</sup> Sin embargo, el hecho de que las importaciones hayan de soportar en la práctica una situación competitiva más desventajosa no indica necesariamente que exista proteccionismo. En muchas ocasiones, la producción nacional se sitúa en una posición ventajosa respecto de la importada como consecuencia de una política que pretende beneficiar a las industrias o agentes económicos que se atienen a ciertos estándares ecológicos, a los que ya se han adaptado las empresas nacionales.

## 2. Restricciones cuantitativas al comercio

El GATT prohíbe, asimismo, tanto las medidas que establecen restricciones cuantitativas a las importaciones como aquellas que establecen un

---

<sup>395</sup> Existen diferencias entre la protección ambiental y el proteccionismo ambiental. La protección ambiental pretende resolver un problema ambiental, ya se restrinja o no en el comercio. En cambio, el proteccionismo ambiental se sirve de la causa ambiental para proteger la producción nacional.

<sup>396</sup> Fernández Egea, R. Ma., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, *cit.*, p. 109.

<sup>397</sup> En el sentido inverso, el criterio de la inherencia niega que la medida sea proteccionista si los elementos sobre los que se sostiene la distinción pueden ser accesibles también a los productos importados. *Ibidem*, p. 109.

trato discriminatorio y proteccionista a favor de los productos nacionales similares o competidores. El artículo XI del GATT prohíbe estas restricciones cuantitativas a la importación y exportación, pero, a diferencia del artículo III, no establece un presupuesto de trato menos favorable para las importaciones. En el marco del artículo XI no cabe plantearse si una medida es discriminatoria, ya que la restricción o prohibición se aplica al margen del trato dispensado a las mercancías nacionales. No obstante, toda restricción a la importación y exportación se presume, en principio, proteccionista y de ahí que su prohibición sea absoluta.<sup>398</sup>

El artículo XI impone, además, otro límite a las posibles medidas restrictivas de los Estados al prohibir el uso de cuotas, licencias de importación o de exportación u otras medidas similares relacionadas con la importación o exportación de mercancías. Esta prohibición proviene del hecho de que las medidas basadas en el volumen de producción causan mayores distorsiones en la economía que las medidas basadas en los precios, tales como los aranceles aduaneros o los impuestos.

Es posible que esta disposición conduzca a ciertos conflictos con los mecanismos de comercio presentes en algunos acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, pues éstos imponen requisitos de licencias o permisos para el comercio de los materiales y especies bajo su control, como por ejemplo, el Convenio de Basilea y la Convención sobre el Comercio Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

De hecho, en 1997, la India, Malasia, Pakistán y Tailandia presentaron una reclamación conjunta contra la prohibición impuesta por los Estados Unidos de importar determinados camarones y productos del camarón.<sup>399</sup> El objetivo de la prohibición era proteger a las tortugas marinas. Los Estados Unidos exigían que los arrastreros dedicados a la pesca del camarón utilizaran el dispositivo “DET”<sup>400</sup> para excluir a las tortugas en sus redes cuando pescaran en zonas donde había una probabilidad considerable de encontrar tortugas marinas.<sup>401</sup> En la práctica, los países que tenían en sus

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>399</sup> Los Estados Unidos habían prohibido por medio de la Ley de Especies Amenazadas de 1973, la captura en sus aguas territoriales y en alta mar de cinco especies de tortugas marinas amenazadas o en peligro. Por captura se entendía el hostigamiento, la caza, la matanza de tortugas y su captura, o la tentativa de hacerlo.

<sup>400</sup> Un DET es un filtro de red que se instala en la boca del copo de la red de arrastre y que permite que los camarones pasen al fondo del copo o bolsa de la red mientras que expulsa de la red a las tortugas marinas y otros objetos voluminosos que haya capturado involuntariamente.

<sup>401</sup> El artículo 609 de la Public Law 101-102, de 1989, mencionaba que no se podía importar a los Estados Unidos camarón pescado con tecnologías que podían afectar a deter-

aguas jurisdiccionales alguna de las especies de tortugas marinas protegidas y que pescaban camarón con medios mecánicos tenían que imponer a sus pescadores unas obligaciones comparables a las soportadas por los camareros estadounidenses si querían obtener el certificado y exportar productos del camarón a los Estados Unidos. Esto significaba que debían utilizar los dispositivos DET.

El Grupo Especial consideró que la prohibición impuesta por los Estados Unidos era incompatible con el artículo XI del GATT, el cual limita el uso de las prohibiciones o restricciones de la importación, y no podía justificarse en el artículo XX del mismo Acuerdo, relativo a las excepciones generales a las normas.<sup>402</sup> El Órgano de Apelación constató, con motivo de esta apelación, que:

...aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, esta medida ha sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Estados Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX.<sup>403</sup>

Por consiguiente, este órgano concluyó que "...la medida adoptada por los Estados Unidos, si bien reúne las condiciones para una justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX, no cumple los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no está justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994".<sup>404</sup>

Vemos así cómo el órgano de Apelación dejó claro que de conformidad con las normas de la OMC los países tienen derecho a adoptar medidas comerciales para proteger el medio ambiente, en particular para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y para proteger a las especies amenazadas y los recursos agotables. En el caso concreto de la protección de las tortugas marinas, el Órgano de

---

minadas tortugas marinas, a no ser que se certificara que el país en cuestión contaba con un programa regulatorio y una tasa de capturas comparable a la de los Estados Unidos, o que el entorno particular de la pesca en esa país no representaba ninguna amenaza para las tortugas marinas.

<sup>402</sup> Cfr. párrafo 8.1, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/R, del 15 de mayo de 1998.

<sup>403</sup> Cfr. párrafo 186, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998.

<sup>404</sup> *Ibidem*, párrafo 187.

Apelación señaló que las medidas adoptadas serían legítimas con el artículo XX del GATT, siempre que se cumpliesen con ciertos criterios, pero sobre todo con el principio de no discriminación.

### 3. Excepciones ambientales

Determinadas medidas de protección ambiental pueden, por su propia naturaleza, restringir el comercio y así repercutir en los derechos de los Estados miembros en el marco de la OMC. En concreto, las medidas ambientales pueden afectar a normas comerciales básicas, como la obligación de no discriminación y la prohibición de restricciones. Sin embargo, ante esta realidad, el artículo XX del GATT permite determinadas excepciones específicas. Al tratarse de una cláusula de excepción, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva, por lo que, en teoría, sólo será aplicable cuando se constate que una medida es incompatible con las normas del GATT.

Las dos excepciones ambientales son: 1) la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales, y preservación de los vegetales, y 2) la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional.<sup>405</sup>

No existiendo distinción entre productos nacionales e importados, el GATT permite a sus Estados miembros adoptar las medidas comerciales que sean necesarias para proteger la salud humana y animal (artículo XX inciso b), así como preservar los vegetales y la seguridad de los recursos naturales agotables (artículo XX, inciso g). Estas excepciones permiten a cada Estado miembro adoptar medidas internas para fomentar esos objetivos, aun violando el principio de no discriminación. Sin embargo, tales medidas nacionales están condicionadas a que se demuestre científicamente que no serán utilizadas como una medida de protección comercial indirecta y que se aplicarán conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional que se encuentren dentro de esas categorías. Por tanto, cuando un Estado miembro quiere invocar una excepción al amparo de los incisos b y g

---

<sup>405</sup> La expresión “recursos naturales agotables” se ha interpretado en sentido amplio, incluyendo además de los recursos minerales o no vivos, a las especies vivas que pueden agotarse, por ejemplo, las tortugas marinas. *Cfr.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/R, del 15 de mayo de 1998.

del artículo XX, debe justificar que existe una relación entre su objetivo de política ambiental declarado y su medida nacional.

El inciso *b* del artículo XX señala textualmente que las medidas que pueden excepcionarse han de ser “necesarias para proteger la salud y la vida...”. A primera vista, dentro de este supuesto puede subsumirse toda medida cuyo objetivo sea la salvaguardia de estos bienes. Sin embargo, de dichas palabras se han extraído una serie de requisitos que deben ser probados para su aplicación y que operan como garantía para evitar el recurso abusivo a este precepto. Para determinar si una medida es “necesaria”, el Órgano de Apelación ha utilizado un proceso en el que sopesa y confronta una serie de factores, como son la contribución de la medida ambiental al objetivo de política nacional, la importancia de los intereses o valores comunes que la medida protege y los efectos de la medida en el comercio internacional. Si se llega a una conclusión preliminar de que la medida restrictiva nacional es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas que pudieran tener efectos menos restrictivos del comercio y que proporcionen una contribución equivalente para lograr el objetivo perseguido.

El Órgano de Apelación constató en el asunto *Brasil – medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados* que para justificar una prohibición de las importaciones en el marco del apartado *b* del artículo XX, era necesario que el Grupo Especial estuviese convencido de que tal prohibición contribuía de forma significativa al logro de su objetivo. Naturalmente, esa demostración puede hacerse recurriendo a pruebas o datos que establezcan que la prohibición de las importaciones en litigio contribuye de manera importante a la protección de los objetivos ambientales o de salud pública perseguidos. También reconoció que “...una prohibición de las importaciones, o cualquier otra medida que tenga efectos de restricción del comercio, cuya contribución no sea inmediatamente perceptible, no puede estar justificada en virtud del apartado *b* del artículo XX...”,<sup>406</sup>

Por otra parte, en el asunto *Comunidades Europeas – medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, el Órgano de Apelación constató, como resultado de un proceso en el que se sopesaron y confrontaron una serie de factores, que no había una alternativa a la prohibición del comercio a la que se pudiera recurrir razonablemente, ya que “...el objetivo que se persigue con la medida es proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la

<sup>406</sup> Párrafo 151, Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, del 3 de diciembre de 2007.

salud y la vida de las personas las fibras de amianto. El objetivo perseguido es vital y de la máxima importancia...”<sup>407</sup>

El Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos – pautas para la gasolina reformulada y convencional*, señaló también que para poder justificar al amparo del apartado *g* del artículo XX una medida que afecte a las importaciones debe aplicar conjuntamente los artículos con restricciones a la producción o al consumo nacional de recursos naturales,<sup>408</sup> ya que “...las excepciones enumeradas en el artículo XX guardan relación con todas las obligaciones resultantes del Acuerdo General...”<sup>409</sup>

En el mismo sentido, en el asunto *Estados Unidos – camarones*, el Órgano de Apelación consideró que la estructura general y el diseño de la medida considerada tenían un objeto muy preciso y que no se trataba de una prohibición genérica de la importación de camarones impuesta sin tener en cuenta las consecuencias para las tortugas marinas.<sup>410</sup> Asimismo, concluyó que el apartado *g* del artículo XX exige que “la medida cuya justificación se reclama sea relativa a la conservación de recursos naturales agotables”.<sup>411</sup> Cabe señalar que para que una medida sea conveniente para la conservación de los recursos naturales, se debe precisar la existencia de una relación sustancial entre la medida y la conservación de un recurso natural agotable.

Además, el Estado que desee hacer uso de estas excepciones ambientales debe justificar el motivo por el cual recurre al artículo XX, demostrando la aplicabilidad de los incisos *b* o *g*.<sup>412</sup> Asimismo, debe establecer con clari-

---

<sup>407</sup> Párrafo 172, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, del 12 de marzo de 2001.

<sup>408</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, del 29 de abril de 1996, p. 24.

<sup>409</sup> En este asunto, los Estados Unidos habían adoptado 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 los Estados Unidos. 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 tanto, estaba comprendida en el ámbito del apartado *g* del artículo XX. En cuanto al segundo requisito del apartado *g*, el Órgano de Apelación resolvió que la medida cumplía la prescripción de “imparcialidad”, ya que afectaba tanto a los productos importados como a los nacionales. *Ibidem*, p. 28.

<sup>410</sup> Párrafo 138, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998.

<sup>411</sup> *Ibidem*, párrafo 135.

<sup>412</sup> El inciso *b* establece que el país debe demostrar que la medida es necesaria para proteger el medio ambiente. Por otra parte, el país que demanda una excepción bajo el amparo

dad la justificación final, demostrando que la medida en cuestión no contradice el primer párrafo del artículo XX.<sup>413</sup>

La autonomía de los Estados miembros de la OMC para determinar sus propios objetivos ambientales ha sido confirmada en varias ocasiones. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – gasolina*, el Órgano de Apelación señaló que “los Estados Miembros de la OMC tienen amplia autonomía para establecer sus propias políticas medioambientales (incluida la relación entre medio ambiente y comercio), sus objetivos medioambientales y la legislación medioambiental que promulgan y aplican”.<sup>414</sup> Sin embargo, esta autonomía está limitada por la necesidad de respetar las prescripciones del acuerdo general y demás acuerdos abarcados.<sup>415</sup>

Las excepciones del artículo XX se circunscriben al territorio nacional, por lo cual no tienen efecto fuera de éste, su justificación debe ser probada científicamente y el peso de la prueba recae sobre el Estado que defiende la regulación y no sobre el Estado que la impugna.<sup>416</sup> En efecto, para poder aplicar la excepción contenida en el inciso *b* del artículo XX, el Estado debe probar que existe un riesgo para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales, y la preservación de los vegetales, y que no era posible adoptar otra medida compatible con el GATT o menos restrictiva. En la práctica, este requisito no ha supuesto un problema a la hora de aplicar el inciso *b* del artículo XX, porque en la mayor parte de las diferencias en las que ha sido invocado no se ha dudado sobre la existencia de riesgos para la vida y la

---

del inciso *g* debe demostrar primero que la propia legislación está asociada a la conservación de recursos naturales agotables.

<sup>413</sup> La legislación debe ser acompañada de restricciones en el ámbito interno a la administración, producción o consumo del recurso a ser conservado.

<sup>414</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R del 29 de abril de 1996, p. 34.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>416</sup> Hasta 1982 no se había precisado la prohibición de que las medidas nacionales no podían sobrepasar la jurisdicción nacional cuando los Estados Unidos prohibieron la importación de atún de Canadá. El Grupo Especial encargado de examinar la compatibilidad con el acuerdo general señaló que “la prohibición impuesta por los Estados Unidos a las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá no es compatible con las disposiciones del artículo XI”. *Cfr.* párrafo 4.15, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá*, L/5198–29S/97 del 22 de febrero de 1982.

Por eso, cuando se trata de problemas que trascienden las fronteras nacionales, las medidas comerciales parecen no ser tan eficaces. Para solucionar estos problemas, habría que recurrir más bien a la cooperación internacional. Pero si no existe un acuerdo multilateral, los problemas ambientales vinculados al comercio y que no son compatibles con los principios básicos del GATT, tienen cabida en las excepciones del artículo XX.

salud de las personas, animales o plantas. Por ejemplo, en el asunto *Tailandia – restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, los Estados coincidieron en que la medida tailandesa pretendía la protección de la salud y la vida de las personas al tener como fin la reducción del consumo de cigarrillos. En este caso, el Grupo Especial se basó en informes de la Organización Mundial de la Salud que establecían los riesgos que acarrearán el tabaco para la salud y la vida humana.<sup>417</sup> Cabe señalar, sin embargo, que el requisito de la determinación del riesgo adquiere tintes problemáticos cuando las partes discrepan sobre la existencia de riesgo para la vida o la salud. Este fue el caso en el asunto *Comunidades Europeas – amianto*, en el que el Grupo Especial tuvo que examinar si efectivamente la utilización del amianto perjudicaba la salud de las personas. Las Comunidades Europeas (CE) sostenían que las fibras de amianto presentaban un riesgo para la salud, mientras que Canadá alegaba que si este material se utilizaba conforme a las reglas de seguridad y de control no existía peligro alguno.<sup>418</sup>

El inciso *b* del artículo XX exige, además, que el riesgo no sea hipotético y que tenga cierta conexión con la medida adoptada. Lo cuestionable es si para comprobar que el riesgo no es hipotético han de alegarse pruebas científicas, o si pueden ser suficientes pruebas de otro tipo, por ejemplo, una gran preocupación por parte de los consumidores. A pesar de que el panel en el asunto *Comunidades Europeas – amianto* rechazó el test científico reque-

<sup>417</sup> Cfr. párrafo 73, Informe del Grupo Especial, *Tailandia – restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, DS10/R – 37S/200 del 7 de noviembre de 1990.

<sup>418</sup> Cfr. párrafo 8.173, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/R, del 18 de septiembre de 2000. En el caso concreto se debía decidir si la política de Francia relativa a la prohibición de la utilización del amianto pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas, cuestión que debía ser probada por la CE (párrafos 8.171 y 8.184). Canadá sostenía la necesidad de que se presentase una evaluación del riesgo con base científica, en consonancia con el Acuerdo MSF. El Grupo Especial rechazó que tal exigencia operase en el marco del artículo XX inciso *b* del GATT (párrafo 8.180), pero no descartó comprobar si existen elementos científicos suficientes que permitan llegar a la conclusión de que existe un riesgo para la salud y la vida de las personas (párrafo 8.182). La mayoría de expertos consultados coincidían en que las partículas de amianto pueden entrañar un riesgo grave para la salud, por lo que el panel consideró que la CE había sentado una presunción de que la medida pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud, que debía ser rebatida por Canadá (párrafo 8.182). Al constatar que Canadá no había realizado un estudio serio sobre la nocividad del amianto (párrafos 8.189 y ss.), el panel entendió que la medida francesa cumplía el primer requisito del inciso *b*) (párrafo 8.194), opinión que confirmó el Órgano de Apelación (párrafos 157 y ss. del Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, del 12 de marzo de 2001). Cfr. Fernández Egea, R. Ma., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, cit., p. 172.

rido en el Acuerdo MSF para cumplir con el primero de los requisitos del inciso *b*, lo cierto es que las evidencias científicas tuvieron una relevancia importante a la hora de determinar el riesgo, sentando un nivel de exigencia difícil de rebasar en aquellos casos en los que no existan pruebas tan concluyentes sobre los riesgos para la salud y la vida.<sup>419</sup>

En conclusión, el artículo XX del GATT prevé excepciones por motivos ambientales y no se contraponen ni se desvía de los principios básicos del mismo. No obstante, los Estados podrían adoptar medidas más estrictas si existen pruebas científicas que las justifiquen o si lo aconsejan las disposiciones sanitarias del país importador o exportador. Lo importante es determinar si existe un nexo de causalidad entre el riesgo y la medida adoptada, siempre que el riesgo no sea una mera suposición o sospecha.<sup>420</sup>

#### IV. ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, negociado en la Ronda Tokio en la década de los setenta, tiene como objetivo que la protección del medio ambiente, la vida, la salud y seguridad humanas o la salud animal y vegetal, buscada a través de la adopción de reglamentos técnicos o normas en las que se establecen procesos y métodos de producción, no actúen como obstáculos injustificados al comercio internacional. En el marco de este acuerdo, la diferencia entre una norma y un reglamento técnico reside en su observancia. Mientras que la conformidad con las normas es voluntaria, los reglamentos técnicos son de carácter obligatorio; además, tienen diferentes consecuencias para el comercio internacional. Si un producto importado no cumple las prescripciones establecidas en un reglamento técnico, no se autorizará que se ponga a la venta. En el caso de las normas, los productos importados que no estén en conformidad con ellas podrán ponerse en el mercado, pero se verán penalizados si los consumidores prefieren productos que se ajusten a las normas del país, por ejemplo en cuanto a calidad o color en el caso de los textiles y las prendas de vestir.<sup>421</sup>

El Acuerdo OTC busca, además, resolver conflictos entre los Estados miembros, fomentando la aplicación de reglamentos técnicos elaborados sobre bases internacionalmente aceptadas. Se aplica cuando la medida controvertida establezca: 1) las características de un producto o los procesos y

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>420</sup> Desmedt, A., "Proportionality in WTO Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, núm. 3, 2001, p. 467.

<sup>421</sup> *Cfr.* Anexo 1 del Acuerdo OTC.

métodos de producción con ellas relacionados y 2) prescriba en materia de terminología los símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicadas a los productos o los procesos y métodos de producción. No obstante, los estándares internacionales que se adoptan son en algunos países menos rigurosos que en otros. También habría que evitar la adopción de políticas ambientales permisivas que podrían ser un incentivo para desplazar hacia los países en vías de desarrollo algunas actividades productivas no permitidas en los países más avanzados.<sup>422</sup>

Este acuerdo puede ser utilizado como un mecanismo para impedir la aplicación de políticas y normas para la protección del medio ambiente, ya que cubre todos los procedimientos o estándares que puedan interferir con el comercio internacional. Un ejemplo de ello son los reclamos de la Confederación de Industria Británica que ha urgido a los Estados miembros de la OMC a que las normas en este Acuerdo sean aplicadas también al ecoetiquetado.<sup>423</sup>

En realidad, el Acuerdo OTC es muy complejo, pues confronta los intereses de los ambientalistas que se pronuncian a favor del etiquetado ecológico con fines netamente ambientales, como son los de productores y países en desarrollo que se manifiestan en contra del ecoetiquetado y los de países que buscan proteger la industria nacional de la competencia internacional a través de este tipo de normas.

Durante la Ronda Uruguay se fueron introduciendo diversas modificaciones a este acuerdo a fin de establecer distinciones entre las medidas para proteger el medio ambiente y las medidas en materia comercial. En un primer momento, se estableció un código de buena conducta para la elaboración, adopción y aplicación de normas del Acuerdo OTC. Posteriormente, se exigió que los procedimientos para determinar la adecuación de los productos con las normas nacionales fuesen justos y equitativos entre los productos nacionales y extranjeros, así como sus equivalentes. Por último, se fomentó el reconocimiento mutuo de las evaluaciones de la conformidad, es decir, si las autoridades de un país exportador determinan que un producto

---

<sup>422</sup> Hay al respecto una responsabilidad común pero diferenciada. Algunos países están más comprometidos que otros con el medio ambiente. Para una política ambiental positiva es necesaria la cooperación de todos los países, ya sean importadores o exportadores. Sin embargo, aún no se ha alcanzado un equilibrio entre la política comercial y la ambiental, asunto que continúa discutiéndose en la OMC.

<sup>423</sup> El etiquetado ecológico es el uso de etiquetas a fin de informar a los consumidores que un producto con determinada etiqueta es más beneficioso para el medio ambiente frente a productos equivalentes. Estas etiquetas son provistas por agencias gubernamentales o privadas y son concebidas como un instrumento orientado al mercado pues no establece requisitos vinculantes o prohibiciones.

está en conformidad con una norma técnica, las autoridades del país importador deberán normalmente aceptar esta determinación, lo cual requiere que los Estados miembros cuenten con servicios nacionales de información.

Es importante destacar que este acuerdo contiene ciertas disposiciones especiales. Prevé un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, que se proporciona de las siguientes formas. Primero, al preparar reglamentos técnicos, normas, métodos de prueba y sistemas de certificación se deberán tomar en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y se velará para que su adopción no cree obstáculos innecesarios para sus exportaciones. Segundo, cuando existan normas internacionales, se deberá aceptar que los países en desarrollo adopten determinados métodos y procesos de producción propios y compatibles con sus necesidades. Por tal motivo, los Estados miembros pueden adoptar las medidas de protección de la salud y la vida de las personas y de los animales que estimen necesarias. Esto lo establece claramente el preámbulo del Acuerdo OTC al señalar que:

...no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente y para la protección de sus intereses esenciales en materia de seguridad.

Pues bien, las divergencias técnicas relativas a la comercialización de los productos pueden crear obstáculos al comercio en la medida que las mercancías importadas logren quedar sometidas a diferentes requisitos en unos y otros países. Dichos requisitos consisten en prescripciones relativas a los ingredientes, la calidad, la seguridad, las dimensiones, el embalaje, o bien el etiquetado de los productos. Muchas veces estos requisitos se establecen por razones ambientales y para proteger la salud humana, como por ejemplo, las reglamentaciones que exigen envases reciclables o ecoetiquetas para determinados productos o aquellas otras que prohíben materiales e ingredientes dañinos para la salud y el medio ambiente.<sup>424</sup>

Las principales reglas del Acuerdo OTC se encuentran recogidas en su artículo 2o. El párrafo 1 de este artículo incluye las cláusulas de “nación más favorecida” y de “trato nacional” en términos casi idénticos al GATT, al señalar que los Estados miembros se asegurarán de que “...con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Estados Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares

<sup>424</sup> Fernández Egea, R. Ma., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, cit., p. 113.

originarios de cualquier otro país”. Sin embargo, los restantes apartados del citado artículo van más allá de las exigencias del GATT, como por ejemplo, el artículo 2.2 que señala que los Estados miembros se abstendrán de elaborar, adoptar y aplicar reglamentaciones técnicas que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. Además, recuerda que los reglamentos técnicos no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Tales objetivos legítimos son, entre otros, los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error, la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas y los usos finales a que se destinen los productos.

Asimismo, el Acuerdo OTC regula los estándares técnicos aplicables a los productos y el procedimiento de elaboración de tales estándares con el fin de evitar regulaciones proteccionistas por parte de los Estados miembros. Para aplicar el acuerdo se establecen los principios de proporcionalidad<sup>425</sup> y equivalencia,<sup>426</sup> reconociendo la necesidad de proteger el medio ambiente y permitiendo la adopción de medidas restrictivas al comercio internacional para llevar a efecto esa protección.

El temor al proteccionismo se justifica por la posibilidad de que prevalezcan los estándares ambientales nacionales sobre los extranjeros, pues el GATT no se pronuncia sobre los primeros, más allá de sostener que las exigencias ambientales internas pueden hacerse extensivas a productos importados, siempre y cuando no implique una discriminación. De ahí que para evaluar los peligros que pesan sobre el medio ambiente sea necesario contar con información científica y técnica. Ahora bien, podemos señalar que los parámetros de la legitimidad del principio de precaución en el Acuerdo OTC son menos estrictos que para aplicar los principios de proporcionalidad y equivalencia respecto a la adopción de medidas restrictivas al comercio internacional. El artículo 2.2 del Acuerdo OTC es una aplicación particular de la prueba de la necesidad y establece que los reglamentos técnicos no serán más restrictivos de lo necesario para lograr un objetivo legítimo, pero también se consideran los riesgos que conducen a los malos resultados.

---

<sup>425</sup> El principio de proporcionalidad exige a las partes cuidar que los reglamentos que adopten no sean más restrictivos comercialmente de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía en no alcanzarlo (artículo 2.3, Acuerdo OTC).

<sup>426</sup> Según el principio de equivalencia, se admiten como equivalentes los reglamentos técnicos de otros países aunque difieran de los nacionales siempre que aquellos cumplan con los objetivos de los locales (artículo 2.7, Acuerdo OTC).

Los objetivos que menciona el citado artículo son principalmente los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error y la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Además, el artículo 2.2 incorpora por tres razones los elementos propios de la proporcionalidad. Primero, porque sostiene que la medida debe ser necesaria para alcanzar el objetivo legítimo y evoca la idea de un nexo entre la medida y el objetivo determinado, es decir, que la regulación elegida ha de ser adecuada. Segundo, porque indica que la medida no ha de ser más restrictiva de lo necesario. Y tercero, porque a la hora de elegir el medio menos restrictivo para alcanzar el objetivo legítimo, han de tenerse en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, lo que se ha interpretado como la aplicación del requisito de proporcionalidad, puesto que implica realizar un balance entre los riesgos de no alcanzar el objetivo y el obstáculo creado para el comercio.<sup>427</sup> Por tanto, la aplicación del requisito de proporcionalidad permite cuestionar la importancia del objetivo que se pretende alcanzar, así como el nivel de protección fijado por el Estado, que es libre para establecer el nivel de protección deseado.

El Acuerdo OTC también impone obligaciones a los Estados miembros de vigilar las medidas adoptadas. Así, por ejemplo, su artículo 2.3 prohíbe el mantenimiento de los reglamentos técnicos para los que ya no se cumplan las condiciones que dieron lugar a su adopción, o bien si las circunstancias u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio. Asimismo, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Estados miembros pueden utilizar esas normas internacionales como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que tales normas sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, como por ejemplo, a causa de problemas tecnológicos o factores climáticos o geográficos.

El Órgano de Apelación tuvo la oportunidad de confirmar en el asunto *Comunidades Europeas – denominación comercial de sardinas*, que el Grupo Especial había acertado al llegar a la conclusión de que los objetivos legítimos que se mencionan en el artículo 2.4 del Acuerdo OTC tienen que interpretarse en el contexto del párrafo 2 del mismo artículo, que se refiere también a objetivos legítimos. Además, subrayó que de la interpretación del Grupo Especial surgen dos consecuencias:

---

<sup>427</sup> Fernández Egea, R. Ma., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, cit., p. 223.

En primer lugar, la expresión “objetivos legítimos”, del párrafo 4 del artículo 2, como estableció el Grupo Especial en su conclusión, debe abarcar los objetivos mencionados expresamente en el párrafo 2 del mismo artículo, a saber: los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error, la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.

En segundo lugar, teniendo en cuenta el empleo de la expresión “entre otros” en el párrafo 2 del artículo 2o., los objetivos que abarca la expresión “objetivos legítimos” del párrafo 4 del mismo artículo se extienden más allá de la lista de los específicamente mencionados en el párrafo 2.<sup>428</sup>

A diferencia del artículo XX del GATT, el Acuerdo OTC no proporciona información útil para definir las condiciones de una medida de precaución, y en su lugar, permite adoptar una reglamentación técnica que restrinja el comercio para la consecución de cualquier fin, ya que la lista de objetivos legítimos recogida en el artículo 2.2 de este acuerdo no es exhaustiva. Esta medida debe, no obstante, ser adecuada y proporcionada para que pueda cambiar con el tiempo y con nuevos análisis científicos realizados, o bien pueda modificar la probabilidad o gravedad del riesgo.<sup>429</sup> Parece coherente, por tanto, que las reglamentaciones técnicas deban guardar cierta proporcionalidad en el sentido de que los efectos negativos sobre el comercio se correspondan con la importancia del fin perseguido. Tratándose de la protección de la vida y la salud, así como de la preservación del medio ambiente, ha de tenerse en cuenta que estos objetivos se mencionan expresamente en el Acuerdo OTC, por lo que su importancia no puede ser desdeñada.<sup>430</sup>

## V. ACUERDO SOBRE AGRICULTURA

En los primeros años de vida del Acuerdo GATT, el comercio de productos agropecuarios había sido excluido de las negociaciones comerciales. La agricultura representaba un sector especial de la economía que, por razones de

<sup>428</sup> Párrafo 286, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, del 26 de septiembre de 2002.

<sup>429</sup> Cfr. Bassan, F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoles, Jovene, 2006, pp. 92 y ss.

<sup>430</sup> Cfr. Bermejo García, R., “La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda Uruguay: la OMC”, *cit.*, pp. 89-126; Fernández Egea, R. Ma., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, *cit.*, p. 224.

seguridad alimentaria nacional, no podía recibir el mismo trato acordado para los demás sectores. Con la expansión de la economía manufacturera, la agricultura entró en una fase de decaimiento relativo. Sin embargo, las presiones políticas y sociales exigían frenar o reducir dicho decaimiento y proteger a la agricultura contra los embates del mercado internacional.

Hubo que esperar a la Ronda Uruguay para que la agricultura entrara en la mesa de negociaciones del GATT con autonomía propia.<sup>431</sup> En consecuencia, el comercio agrícola recibió un trato especial y quedó exento de algunas importantes normas del GATT, como por ejemplo, las restricciones cuantitativas a las importaciones o la autorización para subvenciones a la exportación, a condición de que se respetaran contingentes de mercado equitativo.<sup>432</sup> Sin embargo, debido a las dificultades existentes para definir el significado de “equitativo”, se multiplicaron las subvenciones a la exportación de productos agropecuarios. Como consecuencia del limitado interés del GATT por el sector agropecuario, los niveles de protección y ayuda a la agricultura aumentaron de manera significativa, en particular en los países industrializados, en los que el contingente de mercado de muchos abastecedores tradicionales de productos importados se redujo considerablemente.<sup>433</sup>

Las razones económicas que justificaban la incorporación de la agricultura al GATT giraban en torno a las ventajas comparativas, en la inestabilidad del mercado mundial y a las consecuencias del proteccionismo. Las intervenciones gubernamentales en la agricultura distorsionaron la producción agropecuaria de muchos países y dieron lugar a elevados grados de ineficiencia. Los altos niveles de ayuda otorgada a los agricultores en los países desarrollados generaron cuantiosos excedentes que se vendían en el mercado mundial mediante la utilización de subvenciones a la exportación, generando así la baja de los precios internacionales de muchos productos agropecuarios. De

---

<sup>431</sup> Anteriormente algunos productos agropecuarios habían sido objeto de negociaciones por separado. Por ejemplo, en la Ronda Dillon se consiguió reducir a niveles muy bajos los aranceles aplicados a la soja, el algodón, las hortalizas y las frutas en conserva. La Ronda Kennedy auspició el convenio internacional del trigo y el acuerdo internacional sobre los productos lácteos y la carne. Sin embargo, por lo general, los productos agropecuarios no formaban parte del programa de negociaciones.

<sup>432</sup> Prohibidas para los demás productos, podían aplicarse a los productos agrícolas, siempre que la producción nacional del producto en cuestión también fuese objeto de algunas restricciones o de una estabilización de los precios internos o de políticas de sostenimiento de los precios.

<sup>433</sup> Las políticas proteccionistas de los países industrializados crearon grandes distorsiones en los mercados mundiales de alimentos, redujeron los precios mundiales de los productos agrícolas de las zonas templadas a niveles tan bajos que resultaban anticompetitivos y provocaron una inestabilidad del mercado mundial.

esta forma, la estructura internacional de la producción se distorsionó en sentido contrario al impuesto por las ventajas comparativas.

Ante esta situación, algunos países con ventajas comparativas para la producción y exportación de productos agropecuarios comerciables produjeron y exportaron menos de lo que hubieran podido producir y exportar en un régimen comercial más liberal, privándose de cuantiosos ingresos por concepto de exportación. En el asunto *Estados Unidos – subvenciones al algodón americano*, por ejemplo, Brasil impugnó las subvenciones a los productos de algodón de los Estados Unidos, alegando que provocaban un descenso de los precios mundiales del algodón y reducían las exportaciones brasileñas. El Órgano de Apelación confirmó la resolución del Grupo Especial respecto a que las subvenciones de los Estados Unidos a sus productores de algodón contravenían el Acuerdo sobre Agricultura.<sup>434</sup>

Entre los países desarrollados y en vías de desarrollo no había ningún vínculo de los precios internos y los precios internacionales, y tampoco se adoptaban medidas ante los cambios de los precios internacionales de la oferta y la demanda que hubieran podido ayudar a reducir las fluctuaciones anuales de tales precios.<sup>435</sup> En este contexto, se entiende que el Acuerdo sobre Agricultura tenga como objetivo contrarrestar las políticas de restricción del acceso a los mercados,<sup>436</sup> las ayudas internas<sup>437</sup> y las subvenciones

---

<sup>434</sup> Cfr. párrafo 552, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – subvenciones al algodón americano*, WT/DS267/AB/R, del 3 de marzo de 2005.

<sup>435</sup> Los gravámenes variables a las importaciones de la CE, que fluctuaban en función de los movimientos del precio mundial con objeto de mantener un precio interno fijo, son un buen ejemplo del modo en que los obstáculos no arancelarios aislaban a los productores, protegiéndolos de las oscilaciones de los precios internacionales, y agravaban la inestabilidad del mercado mundial. Del mismo modo, en otros países los pagos compensatorios protegían en gran medida a los productores de las fluctuaciones de los precios de mercado.

<sup>436</sup> La aplicación de políticas de sostenimiento de los precios de mercado puede ocasionar costes considerables a los consumidores. Se trata de restricciones a las importaciones que limitan el acceso de los productores extranjeros al mercado nacional e impiden a los consumidores el acceso a productos agrícolas a un precio más bajo, es decir al precio del mercado mundial. Así, por ejemplo, las restricciones relativas al acceso a los mercados generalmente asumen la forma de aranceles, gravámenes variables, contingentes de importaciones y otros obstáculos no arancelarios.

<sup>437</sup> Las políticas de ayuda interna comprenden una variedad de medidas encaminadas a aumentar los ingresos de los productores y sostener la rentabilidad de la agricultura nacional. La ayuda puede por ejemplo: 1) asumir la forma de pagos directos, que suponen la transferencia directa de dinero (generalmente) del gobierno a los productores; 2) concederse a través de políticas que intervienen en el mercado con la finalidad de aumentar el precio de la producción agropecuaria o disminuir el de los insumos o, 3) ser la consecuencia de la prestación pública de servicios dirigidos específicamente a los productores agropecuarios.

a la exportación,<sup>438</sup> que habían creado distorsiones en la producción y el comercio agropecuario a nivel mundial.

Dados los riesgos y beneficios que normalmente hay que tener en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre la conservación de los recursos naturales, los datos científicos suelen jugar un papel importante en el establecimiento de una base sobre la que tomar decisiones acerca del enfoque de precaución. Sin embargo, los científicos y las instituciones científicas no son los únicos depositarios de los conocimientos sobre los recursos naturales. Los pueblos autóctonos, que tradicionalmente han gestionado los recursos, suelen tener información diferente y en ocasiones mejor que los científicos sobre la dinámica y las respuestas de los sistemas utilizados.<sup>439</sup>

La gestión y explotación de los recursos naturales se lleva a cabo en el marco de una interacción compleja entre las instituciones económicas, políticas y culturales. No obstante, en la práctica los riesgos que amenazan a la conservación de especies y poblaciones suelen determinarse únicamente teniendo en cuenta cuestiones biológicas.<sup>440</sup> Estos vínculos automáticos

---

<sup>438</sup> Las subvenciones a la exportación han sido una característica de las soluciones adoptadas por los gobiernos para colocar sus excedentes. Por ellas, la UE y los Estados Unidos han podido vender grandes cantidades de excedentes en el mercado mundial, ocasionando la caída de los precios internacionales de muchos productos agropecuarios y el aumento de la inestabilidad de los precios mundiales. Cuando el precio interno de un producto supera el precio mundial del mismo, la venta de los excedentes en el mercado mundial no puede más que arrojar pérdidas, salvo que el exportador reciba subvenciones. Las subvenciones a la exportación están sujetas a los compromisos de reducción contraídos en el Acuerdo sobre Agricultura. *Cfr.* artículo 9o. del Acuerdo sobre Agricultura.

<sup>439</sup> En efecto, las comunidades y los agricultores indígenas poseen un bagaje de conocimiento, experiencia, aptitudes y prácticas tradicionales relacionado con la ordenación medioambiental y la seguridad alimentaria, así como con la producción y la diversidad agrícolas. El cultivo, la pesca, la ganadería, el pastoreo y la silvicultura tradicionales se basan en sistemas de conocimiento y prácticas de larga tradición que contribuyen a garantizar la alimentación y la diversidad agrícola. Estas actividades han conferido a las comunidades la resistencia necesaria para hacer frente a los problemas y asegurar la supervivencia. Sin embargo, los medios de vida tradicionales, así como las variedades vegetales autóctonas se encuentran cada vez más amenazadas por factores como la comercialización agrícola a gran escala, las dinámicas demográficas, los cambios en el uso de la tierra y las alteraciones de la cubierta vegetal, y las repercusiones del cambio climático. *Cfr.* “Biodiversidad para un mundo sin hambre”, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), [www.fao.org/biodiversity/biodiversity-home/es/](http://www.fao.org/biodiversity/biodiversity-home/es/), 10 de febrero de 2012.

<sup>440</sup> Algunas ocasiones suele establecerse un vínculo directo entre el estatus biológico y respuestas políticas o de gestión concretas. Por ejemplo, en el marco de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), la inclusión de una especie en su apéndice y la prohibición de su comercialización dependen de las características de su estatus biológico, y de que se haya descubierto que se está comerciando con la especie.

entre la información científica y una respuesta de gestión pueden impedir una evaluación exhaustiva y una respuesta óptima a la amplia variedad de amenazas que se ciernen sobre la conservación de la biodiversidad. Por tanto, resulta obvio que la estrategia adecuada es la que más relevancia dé al principio de precaución, evitando así riesgos para la conservación de recursos naturales.

Ahora bien, el debate sobre los OMG genera dudas relacionadas con el comercio internacional, la agricultura y el medio ambiente. Entre ellas, cabe preguntarse si los productos que contienen material modificado genéticamente se pueden considerar “similares” a los productos agrícolas tradicionales, y en caso afirmativo, por qué se les da un trato diferente al exigirles que cumplan con una etiqueta más rigurosa.<sup>441</sup> En este sentido, podría decirse que se practica una discriminación a este tipo de productos con base en el principio de “no restringir el comercio más de lo necesario” que establece el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.<sup>442</sup>

Durante la hambruna que sacudió el sur de África en 2002, los gobiernos de Zambia y otros países africanos expresaron su temor a la contaminación cruzada como justificación para rechazar la ayuda alimentaria de los Estados Unidos del maíz modificado genéticamente sin moler. Los gobiernos africanos argumentaban que este tipo de maíz podía contaminar sus especies nativas, y que esto perjudicaba sus exportaciones a la Unión Europea, que era su mercado principal y que le imponía estrictas restricciones a las importaciones agrícolas.<sup>443</sup> No obstante, los países africanos que adop-

---

<sup>441</sup> Debemos mencionar que de conformidad con el artículo 1.3 del Acuerdo OTC, todos los productos, comprendidos los agropecuarios e industriales, están sometidos a las disposiciones de este Acuerdo.

<sup>442</sup> *Cfr.* Artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Este artículo prevé que “Los Estados miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos”.

<sup>443</sup> La crisis alimentaria afectó, entre otros países, a Angola, Lesotho, Malawi, Mozambique, Suazilandia, Zambia y Zimbabue. Zimbabue fue el primer país que rechazó la ayuda alimentaria de los Estados Unidos, y otros lo siguieron. Sin embargo, varios meses después algunos países aceptaron la ayuda alimentaria previamente molida, para evitar el cultivo accidental de semillas transgénicas. Sólo Zambia decidió rechazar la ayuda alimentaria transgénica tanto en grano como molida.

taron una política de precaución y pidieron ayuda alimentaria no transgénica vieron mermadas sus ofertas de ayuda que iban a recibir. Los Estados Unidos, e incluso el Programa Mundial de Alimentos, les advirtieron que tendrían que aceptar los alimentos con contenido transgénico, violando así su derecho a elegir.<sup>444</sup>

Por tal motivo, durante la primera Reunión de las Partes en el Protocolo sobre la Seguridad de la Biotecnología, celebrada en Kuala Lumpur en febrero de 2004, se acordó que los Estados miembros podrían exigir una documentación que fuese lo suficientemente clara en relación con los OMG importados. Esta documentación debía incluir, entre otras cosas, la denominación de origen y los niveles de contenido genéticamente modificado, garantizando así la trazabilidad.<sup>445</sup>

Por último, debemos subrayar que la agricultura que promueve la OMC es una agricultura industrializada que somete a la biodiversidad a los procesos de especialización productiva. Este tipo de agricultura merma la diversidad biológica en cultivos que dependen cada vez más de las empresas biotecnológicas, como por ejemplo, de semillas que antes eran híbridas y ahora son modificadas genéticamente, o bien de fertilizantes químicos. Pero no debemos olvidar que el Acuerdo sobre Agricultura tiene como objetivo "...establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado...".<sup>446</sup> Por ello, al aplicar sus compromisos en materia de acceso a los mercados, los países desarrollados miembros de la OMC deben tener en consideración las necesidades y condiciones particulares de los países en desarrollo y prever una mejora de las oportunidades y condiciones de acceso para los productos agropecuarios, incluidos los OMG. En este sentido,

---

<sup>444</sup> El envío de granos enteros de maíz transgénico como ayuda alimentaria conlleva el riesgo de que se usaran como semilla para plantar en países que no tienen ninguna reglamentación sobre bioseguridad ni la capacidad de manejar cultivos transgénicos. Para evitar estos riesgos potenciales la mayoría de los países decidió que la ayuda alimentaria transgénica debía, al menos, ingresar molida para que el grano no pudiese ser plantado. *Cfr. Playing with Unger. The reality behind the shipment of GMOs as food aid.* Friends of the Earth International, p. 8, [http://www.foei.org/en/resources/publications/food-sovereignty/2000-2007/playing\\_with\\_hunger2.pdf](http://www.foei.org/en/resources/publications/food-sovereignty/2000-2007/playing_with_hunger2.pdf), 12 de marzo de 2012.

<sup>445</sup> *Cfr. Seguridad de la biotecnología: del pensamiento a la acción.* Decisiones de la Primera reunión de la Conferencia de las partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Kuala Lumpur, Malasia, 23-27 de febrero de 2004, p. 48, [http://bch.cbd.int/protocol/cpb\\_mopmeetings.shtml#mop1](http://bch.cbd.int/protocol/cpb_mopmeetings.shtml#mop1), 13 de marzo de 2012. También véase *Manual de medio ambiente y comercio*; Manitoba, Instituto Internacional para el Desarrollo sostenible —PNUMA—, División de Tecnología, Industria y Economía, Servicio de Economía y Comercio e Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2005, pp. 93-98.

<sup>446</sup> *Cfr.* preámbulo del Acuerdo sobre Agricultura.

las reglas del comercio internacional en el ámbito de la agricultura tienen repercusiones importantes y complejas para el desarrollo sostenible y la protección de la biodiversidad.

## VI. ACUERDO SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS

Las normas y reglamentos internacionales pueden facilitar y fomentar el comercio en los productos importados; sin embargo, también pueden actuar como obstáculos al comercio, especialmente para los exportadores de países donde la falta de infraestructura necesaria para la supervisión, la realización de ensayos y certificación, hace difícil demostrar que se cumplen los requisitos para la importación. Ante esta realidad, la comunidad internacional debe regular y garantizar los productos y alimentos inocuos para todos los consumidores, con independencia del país de origen del producto y de su normativa nacional.

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias confirma el derecho de los Estados para aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal. Este derecho fue incorporado en el GATT de 1947 como una exclusión general de las otras disposiciones del acuerdo, siempre que las medidas no se aplicaran de manera discriminatoria o injustificable entre países donde prevaleciesen las mismas condiciones, o como una restricción encubierta al comercio internacional.<sup>447</sup> A pesar de esta condición general para aplicar tales medidas, cuando se formuló la Declaración de Punta del Este era ya evidente que las medidas sanitarias y fitosanitarias nacionales se habían convertido en eficaces barreras al comercio. En consecuencia, era necesario un nuevo acuerdo con normas concretas sobre un tema excluido previamente de las disciplinas del GATT.

El propósito del Acuerdo MSF es garantizar que las medidas establecidas por los Estados miembros protejan la vida y la salud de las personas, y preservar los vegetales. Estas medidas no se deben aplicar de manera que constituyan una discriminación entre los Estados miembros o una restricción encubierta del comercio internacional. Al contrario, los Estados tratan de mantener la confianza de los consumidores mediante la adopción de normas y reglamentos en materia de inocuidad de los alimentos y control sanitario de animales y plantas.

De conformidad con el artículo 1.1 el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirecta-

---

<sup>447</sup> *Cfr.* párrafo 1 del preámbulo del Acuerdo MSF.

mente, al comercio internacional.<sup>448</sup> Esta condición es relativamente fácil de probar, ya que no se exige que haya una afectación real al comercio internacional, sino tan sólo una afectación directa o indirecta.<sup>449</sup> Se advierte, además, que los derechos de los Estados miembros al amparo del Acuerdo OTC quedan excluidos del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF. Las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el anexo A del Acuerdo MSF son aquellas medidas aplicadas para:

- a) proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Estado miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;
- b) proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Estado miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;
- c) proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Estado 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 bien;
- d) prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Estado miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

El Acuerdo MSF permite a los Estados miembros aplicar medidas para alcanzar sus objetivos en materia de protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de los vegetales (artículo 2o. del Acuerdo MSF). Establece, además, una serie de reglas sustantivas y de procedimiento para velar que no se haga un mal uso de las medidas sanitarias y fitosanitarias con fines proteccionistas y se conviertan en obstáculos innecesarios al comercio internacional. Estas medidas varían de un país a otro, a menudo de forma sustancial, reflejando las diferencias en los niveles de protección deseados.<sup>450</sup>

<sup>448</sup> El término “sanitarios” se refiere a la salud de las personas y de los animales, e incluye la inocuidad de los alimentos. El término “fitosanitario” se refiere a la preservación de los vegetales.

<sup>449</sup> *Cfr.* párrafo. 7.435, del Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS/293/R, del 29 de septiembre de 2006, que cita “...no es preciso demostrar que una medida sanitaria y fitosanitaria tiene efectos reales en el comercio. El artículo 1.1 requiere que las medidas sanitarias y fitosanitarias puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional”.

<sup>450</sup> Las variaciones surgen de factores como la geografía, la demografía, la prevalencia de enfermedades en un determinado territorio o en una zona concreta o los recursos financieros

El acuerdo también regula las condiciones en que las autoridades nacionales pueden establecer y hacer cumplir normas de salud y seguridad que afecten al comercio internacional. En particular, se aplican a cualquier medida, sea cual sea la forma concreta que adopte con el fin de proteger a los consumidores y animales frente a los riesgos derivados de ciertos componentes de los alimentos y piensos y, al mismo tiempo, busca proteger a los consumidores, animales y plantas frente a los riesgos derivados de las plagas o enfermedades.<sup>451</sup>

En relación con el carácter obligatorio de las medidas sanitarias y fitosanitarias, el Acuerdo MSF no hace una distinción entre reglamentos de carácter obligatorio y normas de cumplimiento facultativo, como sí lo hace el Acuerdo OTC. Por esta razón, el Grupo Especial en el asunto *Japón – medidas que afectan los productos agrícolas* estableció que el Acuerdo MSF se aplicaría tanto a medidas obligatorias como a las facultativas.<sup>452</sup>

Ahora bien, a fin de asegurar la inocuidad de los alimentos a lo largo de toda la cadena alimentaria es necesario innovar e introducir mejoras constantemente en los sistemas nacionales de control de los alimentos, basando las reglamentaciones en el riesgo y unificándolas con el *Codex Alimentarius* y otras normas internacionales pertinentes.

La inocuidad de los alimentos es un elemento fundamental de la salud pública. Los cambios registrados en la producción alimentaria, el comercio internacional, la tecnología, la protección sanitaria y muchos otros factores, han creado un entorno cada vez más exigente para los sistemas de inocuidad de los alimentos. Los riesgos que se transmiten por los alimentos pueden plantear obstáculos al comercio internacional de alimentos. Estos riesgos deben ser evaluados y gestionados para atender los objetivos nacionales, que constituyen un conjunto cada vez más amplio y complejo. En concreto, el análisis de estos riesgos incluye tres componentes que son: la gestión de riesgos, el análisis de riesgos y la comunicación de riesgos. El uso de tal análisis puede promover mejoras constantes en la salud pública y servir de base para ampliar el comercio internacional de alimentos. Además de mejorar la salud pública, los sistemas eficaces de inocuidad de los alimentos mantienen la confianza de los consumidores en el suministro alimentario y representan

---

de que disponen de los gobiernos para mantener e imponer la observancia de los regímenes de cuarentena.

<sup>451</sup> Cfr. párrafo 1, incisos *a*, *c* y *d* del anexo A del Acuerdo MSF.

<sup>452</sup> Cfr. párrafo 8.111, del Informe del Grupo Especial, *Japón – medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/R, del 27 de octubre de 1998.

un sólido cimiento normativo para el comercio nacional e internacional de alimentos, que sirve de soporte al desarrollo económico.

El Acuerdo MSF permite a los Estados miembros adoptar medidas legítimas para proteger la vida y la salud de los consumidores, siempre que dichas medidas puedan justificarse científicamente y no entorpezcan innecesariamente el comercio. El artículo 5o. del Acuerdo MSF pide a los países que aseguran que sus medidas sanitarias y fitosanitarias se basan en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación de riesgos elaboradas por las organizaciones internacionales competentes. Y el artículo 9o. prevé la obligación de los Estados de prestar asistencia técnica a otros países menos desarrollados con el fin de mejorar sus sistemas de inocuidad de los alimentos.<sup>453</sup>

A continuación analizaremos el alcance de los derechos y obligaciones del Acuerdo MSF. Posteriormente, estudiaremos la relación que guarda el principio de precaución con este Acuerdo a la luz de los casos presentados ante el órgano de solución de controversias de la OMC.

### 1. *Fundamento y alcance de los derechos y obligaciones en el acuerdo MSF*

El Acuerdo MSF alienta a los Estados miembros a que apliquen las normas internacionales y reconozcan los procedimientos de cumplimiento de otros Estados como equivalentes a los suyos, si con ello se alcanza el mismo nivel de protección sanitaria y fitosanitaria. Si los Estados miembros desean adoptar medidas nacionales que conlleven un nivel de protección sanitaria y fitosanitaria más elevado que el que corresponde a las normas internacionales en la materia, deben asegurarse de que tales medidas se basan en una evaluación del riesgo para la salud humana, de animales y de plantas, realizada de conformidad con las normas, directrices o recomendaciones de las organizaciones internacionales competentes.<sup>454</sup>

---

<sup>453</sup> Por ello, el Acuerdo MSF se aplica a los riesgos derivados de los contaminantes, toxinas u organismos patógenos presentes en productos alimenticios, bebidas o piensos. Es importante distinguir entre el riesgo derivado de alimentos y el riesgo derivado de plagas o enfermedades porque la evaluación del riesgo que se realice será diferente.

<sup>454</sup> El Anexo A, párrafo 3 del Acuerdo MSF, define las normas, directrices y recomendaciones internacionales a que hace referencia el artículo 3.1 del Acuerdo MSF. Siendo éstas las promulgadas: 1) por la Comisión del *Codex Alimentarius*. La Comisión del *Codex Alimentarius* es un organismo intergubernamental establecido en 1963 bajo el copatrocinio de dos organizaciones de Naciones Unidas: la Organización Mundial de la Salud (OMS)

En este contexto, el Acuerdo reconoce a los Estados el derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias, así como la obligación de favorecer la armonización internacional de normas. Asimismo, reconoce el derecho a regular el proceso de evaluación del riesgo, como se analiza a continuación.

#### *A. Alcance del derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias*

El Acuerdo MSF reconoce el derecho de los Estados miembros a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para proteger la salud y la vida de los animales o la preservación de los vegetales basadas en el nivel de riesgo que cada Estado estime apropiado. En efecto, se trata de asegurar que tales medidas no se utilicen con fines proteccionistas, por lo que se establecen algunas limitaciones a la protección de la salud y vida de las personas. El artículo 2.2 del Acuerdo MSF menciona que:

Los Estados 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.

Además, con base en el principio de no discriminación, tales medidas no deben ser arbitrarias o injustificadas entre los Estados, pues el artículo 2.3 del Acuerdo MSF señala que:

---

y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). La misión principal de la Comisión es administrar el Programa Conjunto FAO/OMS sobre normas alimentarias con el fin de proteger la salud de los consumidores y fomentar la adopción de prácticas justas en el comercio de alimentos; 2) por la Organización Mundial de Sanidad Animal (antes Oficina Internacional de Epizootias), es una organización intergubernamental que se ocupa de la prevención y el control de la difusión de zoonosis (enfermedades animales). Su mandato es promover la transparencia y el conocimiento de la situación de la sanidad animal en el mundo, recoger, analizar y difundir información científica veterinaria, ofrecer sus conocimientos especializados y fortalecer la cooperación y las coordinaciones internacionales y, 3) por la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF), es un acuerdo internacional de sanidad vegetal, establecido en 1952, que tiene como objetivo proteger las plantas cultivadas y silvestres previniendo la introducción y la propagación de plagas. La labor de la CIPF incluye normas sobre el análisis del riesgo de plagas, prescripciones para el establecimiento de zonas libres de plagas y otras que ofrecen una orientación específica en temas relativos al Acuerdo MSF.

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

El principio de no discriminación se complementa con el artículo 5.5 del citado acuerdo para lograr una coherencia en la aplicación de la protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos. Este precepto señala que "...cada Estado 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...". Hay que añadir que las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.

La piedra angular del Acuerdo MSF es el requisito establecido en su artículo 2.2, al prever que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben tener una base científica y sólo podrán seguir vigentes sobre la base de datos científicos suficientes. Se requieren, por tanto, pruebas científicas para determinar la probabilidad del riesgo y los medios mediante los cuales podrá reducir o eliminarse tal riesgo. Estas pruebas científicas deben ser suficientes, es decir, debe existir una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo; además, los resultados deben justificar suficientemente tales medidas.

En el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*, el Órgano de Apelación afirmó que el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, cuando se aplica junto con el artículo 2.2 del mismo acuerdo, exige que los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente la medida sanitaria o fitosanitaria que está en juego. El requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria se base en una evaluación del riesgo es un requisito sustantivo, que exige la existencia de una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.<sup>455</sup>

La excepción cualificada a esa norma aparece en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF, en virtud de la cual se permite a los Estados miembros que adopten medidas sanitarias y fitosanitarias provisionales, cuando no haya suficientes testimonios científicos, pero siempre que se satisfagan los demás requisitos.

<sup>455</sup> Cfr. párrafo 193, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

*B. Los parámetros de idoneidad y necesidad en la armonización internacional de normas*

Otro objetivo del Acuerdo MSF es la utilización de normas internacionales armonizadas con el fin de reducir al mínimo los efectos negativos de ciertos productos en el comercio internacional. Para armonizar las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Estados miembros deben basar tales medidas en normas, directrices o recomendaciones internacionales cuando éstas existan, excepto si tales medidas representan un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica. Pero tales medidas no deben ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF.

Los Estados miembros no están obligados a armonizar sus normas sanitarias y fitosanitarias. Las normas, directrices y recomendaciones internacionales no tienen, por su propia naturaleza, carácter vinculante; sin embargo, mediante su reconocimiento expreso en el Acuerdo MSF, estas directrices adquieren una cierta fuerza jurídica, especialmente al establecer una presunción de compatibilidad de las medidas sanitarias y fitosanitarias con las normas de la OMC.<sup>456</sup> En efecto, la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias sobre la base de las normas internacionales favorecen al comercio internacional, ya que los exportadores encuentran requisitos uniformes en sus mercados de importación. Con esta armonización se reduce sustancialmente la probabilidad de que los socios comerciales planteen una controversia en relación con una medida concreta, puesto que estas medidas se consideran en principio compatibles con la OMC. Además, gracias a la armonización, los Estados que carecen de los recursos humanos y financieros necesarios para realizar sus propias evaluaciones del riesgo pueden hacer referencia a los trabajos científicos realizados por un organismo internacional de normalización competente.

Los Estados miembros conservan en todo caso el derecho autónomo a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias que representen un nivel de protección más elevado que el que se conseguiría aplicando las normas internacionales pertinentes, tal y como se ha confirmado por el Órgano de

---

<sup>456</sup> Al adoptar esa presunción de conformidad, de carácter rebatible, el Acuerdo ofrece a los Estados miembros un importante incentivo para hacer pleno uso de normas internacionalmente armonizadas, cuando existan, y para fomentar el desarrollo de nuevas formas en esferas de su interés cuando no existan.

Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*.<sup>457</sup> Sin embargo, también existen límites a este derecho. Los Estados miembros que opten por aplicar un nivel de protección más elevado, desviándose así de una norma internacionalmente acordada, deben cumplir sus obligaciones establecidas en el Acuerdo MSF, en particular sobre la evaluación del riesgo (artículo 3.3). El derecho de todo Estado a definir su nivel de protección adecuado no es absoluto.<sup>458</sup> En consecuencia, cuando los Estados miembros adopten medidas sanitarias y fitosanitarias que se desvían de las normas internacionales pertinentes, deberán justificar tales medidas mediante una evaluación científica del riesgo. Además, cualquier Estado miembro podrá pedir al Estado que adopte medidas particulares que exponga sus motivos específicos, si dificultan o puedan dificultar las exportaciones de ese Estado miembro. El Estado importador estará obligado a facilitar dichas explicaciones, según lo dispuesto en el artículo 5.8 del Acuerdo MSF.

Este Acuerdo impone, además, a los Estados miembros la obligación de reconocimiento mutuo, entendida como la aceptación por parte de cada Estado de las normas adoptadas por el otro Estado (artículo 4o.). Este reconocimiento mutuo, calificado, como un principio de equivalencia, implica un alto grado de armonización de las legislaciones de los Estados, que deben estar basadas en las normas, directrices o recomendaciones (artículo 3.1).<sup>459</sup>

C. *La regulación del proceso de la evaluación del riesgo: soberanía del Estado y ¿“el riesgo cero”?*

Uno de los objetivos fundamentales del Acuerdo MSF es el equilibrio entre la soberanía del Estado para garantizar el nivel de protección sanitaria apropiado y el fomento del comercio internacional sin que se utilice el derecho de protección del Estado con fines proteccionistas. El nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, como hemos venido advirtiendo, es el nivel de protección que estime adecuado el Estado miembro que establezca la medida para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio. Sin embargo, este nivel de pro-

<sup>457</sup> Cfr. párrafo 172, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

<sup>458</sup> *Ibidem*, párrafo 173.

<sup>459</sup> Un ejemplo de estándar desarrollado a nivel internacional es la actividad en el *Codex Alimentarius*, que busca desarrollar una definición precisa y la aplicación de las obligaciones de precaución para garantizar la seguridad de los alimentos. Cfr. Bassan, F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, cit., p. 95.

tección fue interpretado por algunos Estados de forma excesiva hasta para decidir un alto grado de riesgo aceptable, en su caso, o adoptar una política ambiental basada en “riesgo cero”.<sup>460</sup>

El Grupo Especial se enfrentó al concepto de “riesgo cero” con ocasión del asunto *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*. Consideró que una evaluación del riesgo en la que basar la prohibición de importaciones de conformidad con artículo 5.1 del Acuerdo MSF no puede tener por fundamento el concepto de “riesgo cero”. De no ser así, todas las prohibiciones de importaciones se basarían en la evaluación de un riesgo ya que en la mayoría en las importaciones existe un riesgo, aunque sea remoto, puesto que siempre existe una posibilidad de que se registre un acontecimiento adverso.<sup>461</sup>

La Comunidad Europea observó con preocupación que estas consideraciones pudiesen ser interpretadas de forma errónea, en el sentido de que los Estados no son libres de elegir el riesgo cero como nivel adecuado de protección al amparo del Acuerdo MSF. Por tanto, el Órgano de Apelación matizó:

...si bien no se apela contra la declaración del Grupo Especial, deseamos señalar simplemente que es importante distinguir..., entre la evaluación del “riesgo” en una evaluación del riesgo y la determinación del nivel adecuado de protección. 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 Estado Miembro no pueda determinar que su propio nivel adecuado de protección sea el “riesgo cero”.<sup>462</sup>

Además, el artículo 3.3 del Acuerdo MSF especifica que las excepciones y restrictivas contenidas en las recomendaciones, directrices o normas internacionales pueden ser adoptadas o mantenidas solamente si hay una justificación científica o hay una consecuencia directa del nivel, por supuesto, más alto, de la evaluación del riesgo con arreglo al artículo 5o.<sup>463</sup> Así lo

<sup>460</sup> Cfr. párrafo 5 del anexo A del Acuerdo MSF.

<sup>461</sup> Cfr. párrafo 8.81, Informe del Grupo Especial, *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/R, del 12 de junio de 1998.

<sup>462</sup> Párrafo 125, Informe del Órgano de Apelación, *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, del 20 de octubre de 1998.

<sup>463</sup> A los efectos del artículo 3.3, existe una justificación científica si, sobre la base de un examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo, un Estado miembro determina que las normas,

confirmó el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas* al considerar que:

...todo Estado Miembro puede decidir establecer por sí mismo un nivel de protección distinto del que está implícito en la norma internacional, y aplicar o incorporar ese nivel de protección en una medida no “basada en” la norma internacional. El nivel adecuado de protección en ese Estado Miembro puede ser superior al que implica la norma internacional...<sup>464</sup>

El Órgano de Apelación consideró, además, que el derecho de un Estado miembro de establecer su propio nivel de protección sanitaria constituye un derecho autónomo y no una excepción de la obligación general prevista en el artículo 3.1 del Acuerdo MSF.<sup>465</sup>

#### D. *Obligaciones relativas con la evaluación de los riesgos*

El Acuerdo MSF se ocupa fundamentalmente de dos aspectos distintos de la decisión de un Estado miembro al establecer o mantener una medida sanitaria. El primero de ellos es la evaluación de los riesgos para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales contra los que se pretende que proporcione protección una medida sanitaria. Y el segundo es la gestión del riesgo de un Estado al establecer o mantener una medida sanitaria que comprende, entre otras cosas, la determinación y aplicación por dicho Estado del nivel adecuado de protección sanitaria contra los riesgos para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales.<sup>466</sup>

Por lo que se refiere a los criterios de la legalidad de las medidas de precaución, el artículo 5o. del Acuerdo MSF exige a los Estados que garanticen que tales medidas se basan en una evaluación adecuada dadas las circunstancias, los riesgos para la vida o la salud humana, animal o vegetal,

---

directrices o recomendaciones internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

<sup>464</sup> Párrafo 172, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

<sup>465</sup> *Ibidem*, párrafo 172.

<sup>466</sup> *Cfr.* párrafos 8.92 y 8.95, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/R/USA, del 18 de agosto de 1997.

teniendo en cuenta la revisión técnica, métodos y criterios establecidos a nivel internacional.

La “evaluación del riesgo”, como ya hemos analizado en el capítulo primero, es el proceso científico destinado a determinar la existencia de un peligro y la probabilidad de que se haga realidad. Esta evaluación se basa en los resultados científicos y tiene en cuenta los juicios de valor de la sociedad para proteger la salud de los consumidores y de los animales, así como la preservación de los vegetales. El párrafo 4 del anexo A del Acuerdo MSF define la evaluación del riesgo según el objeto de la medida sanitaria o fitosanitaria. Por una parte, considera la protección frente a riesgos de plagas y enfermedades, por ejemplo, la entrada, radiación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Estado miembro importador y, por otra, la protección de la salud de las personas y de los animales por los riesgos transmitidos por los alimentos, por ejemplo, aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.<sup>467</sup>

En cambio, la “gestión del riesgo” supone una opción política en la que se sopesan diferentes alternativas, consultando a todas las partes interesadas, para determinar el nivel deseado de protección de la salud y, en caso necesario, las medidas de mitigación del riesgo necesarias para alcanzar ese objetivo. No obstante, la distinción entre “evaluación del riesgo” y “gestión del riesgo” no es absoluta y actores ajenos a la ciencia pueden desempeñar también un papel importante en los procedimientos de evaluación del riesgo.

Las medidas sanitarias y fitosanitarias deben tener como base una evaluación del riesgo que presupone una relación racional y objetiva entre el tipo de medidas y el riesgo que pretende mermar. Los resultados de la evaluación del riesgo deben apoyar razonablemente o justificar suficientemente la medida sanitaria y fitosanitaria de que se trate. Los Estados miembros no están obligados a participar en su propia evaluación del riesgo y pueden basar sus medidas en otras evaluaciones del riesgo pertinentes, como las realizadas por otros Estados miembros o por una organización internacional competente. Los países en desarrollo y los países con economías en transición que tengan dificultades para realizar por sí mismos evaluaciones científicas exhaustivas de los riesgos, debido a las dificultades técnicas y a la escasez de recursos, pueden asumir la evaluación

---

<sup>467</sup> Cfr. párrafo 120, Informe del Órgano de Apelación, *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, del 20 de octubre de 1998. Y párrafo 182, Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

del riesgo de otros Estados miembros, órganos regionales u organizaciones internacionales.

Respecto a los riesgos derivados de los alimentos, resulta importante destacar que la definición de evaluación del riesgo requiere una valoración de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas o de los animales derivados de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos. Eso entraña la determinación de los efectos adversos y, en caso de que esos efectos existan, la evaluación de la probabilidad de que ocurran.

En la esfera de la sanidad animal y de las plantas, la evaluación del riesgo está sujeta a una prueba triple.<sup>468</sup> Primero, conviene identificar las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación se desea evitar en el territorio de un Estado, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades. Segundo, se deberá evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas. Y tercero, es preceptivo evaluar también la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse.

En relación con esta triple prueba, el Órgano de Apelación, en el asunto *Australia – salmones*, hizo una diferencia entre los dos tipos de riesgo, los riesgos de plagas y enfermedades y los riesgos transmitidos por alimentos. El Órgano señaló que el primer tipo de evaluación del riesgo exige una evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas, mientras que el segundo requiere solamente la evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales. Además, añadió que:

...observamos que la primera definición que figura en el párrafo 4 del Anexo A habla de la evaluación de la “probabilidad” (*likelihood*). En nuestro informe sobre el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*, hicimos referencia al significado que atribuye el diccionario (en inglés) al término *probability* en el sentido de que se refiere a *degrees of likelihood* (grados de probabilidad) y *a thing that is judged likely to be true* (algo que se considere probablemente cierto), a fin de distinguir los términos *potencial* (posible) y *probability* (probabilidad). A los efectos del presente examen, nos remitimos de la misma manera al sentido corriente del término *likelihood* y consideramos que tiene el mismo significado que

<sup>468</sup> Cfr. párrafo 121, Informe del Órgano de Apelación, *Australia – medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, del 20 de octubre de 1998.

*probability*. Sobre esta base, así como sobre la base de la definición de “riesgo” y de “evaluación de riesgos” de la *Office International des Épizooties* (OIE) y de las *Directrices de la OIE para la evaluación de riesgos*, sostenemos que, para que una evaluación del riesgo quede comprendida en los términos del párrafo 1 del artículo 5 y de la primera definición del párrafo 4 del Anexo A, no es suficiente que una evaluación del riesgo llegue a la conclusión de que existe una *possibility* (posibilidad) de entrada, radicación o propagación de enfermedades y las consecuencias biológicas y económicas conexas. Una adecuada evaluación del riesgo de este tipo debe evaluar la *likelihood*, es decir, la *probability* (probabilidad) de entrada, radicación o propagación de enfermedades y las consecuencias biológicas y económicas conexas, así como la *likelihood*, es decir *probability* (probabilidad), de entrada, radicación o propagación de enfermedades, según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse.<sup>469</sup>

Como podemos observar, la evaluación del riesgo debe ser exhaustiva y el riesgo que se evalúe debe ser un riesgo identificable y no simplemente un riesgo teórico. Sin embargo, parece que no es necesario cuantificar el riesgo que puede expresarse en términos cualitativos. Así lo consideró el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*, señalando que:

No está claro en qué sentido emplea el Grupo Especial la expresión “riesgo identificado científicamente”. El Grupo Especial utiliza también frecuentemente la expresión “riesgo identificable”, y no define tampoco esta expresión. Podría alegarse que el Grupo Especial ha utilizado las expresiones “riesgo identificado científicamente” y “riesgo identificable” simplemente para referirse a un riesgo verificable: ¿si un riesgo no es verificable, cómo puede saber o demostrar un Estado Miembro que existe? En una parte de sus informes, el Grupo Especial opone la prescripción de un “riesgo identificable” a la incertidumbre que teóricamente siempre existe puesto que la ciencia no puede nunca aportar una certidumbre absoluta de que una determinada sustancia no tenga en algún caso efectos perjudiciales para la salud. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que esta incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar....

En la medida en que el Grupo Especial pretendía que se exigiera una evaluación del riesgo para establecer una magnitud mínima de riesgo, debemos señalar que la imposición de ese requisito cuantitativo no tiene base alguna en el Acuerdo MSF.<sup>470</sup>

<sup>469</sup> *Ibidem*, párrafo 123.

<sup>470</sup> El Órgano de Apelación afirmó que un grupo especial sólo está autorizado a determinar si una medida sanitaria o fitosanitaria dada se “basa en” una evaluación del riesgo. Esto significa que un grupo especial tiene que determinar si una medida sanitaria o fitosanitaria

El Acuerdo MSF no establece una metodología concreta para la evaluación del riesgo, tan sólo considera que los métodos de evaluación son, en principio, de carácter estrictamente científico. El artículo 2.2, por su parte, exige que toda medida sanitaria y fitosanitaria esté basada en principios científicos y que su vigencia dependa también de la vigencia de las pruebas científicas.

Junto a los testimonios científicos, los Estados deben tener en cuenta las técnicas de evaluación elaboradas por las organizaciones internacionales competentes que son de naturaleza marcadamente científica.<sup>471</sup> Además, según recoge el artículo 5.2 del Acuerdo MSF, deben considerar los procesos y métodos de producción e inspección pertinente, muestreo y prueba, la prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades, las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes, y los regímenes de cuarentena.

Los calificados “riesgos económicos” podrían tener su reconocimiento jurídico en el párrafo 3 del citado artículo 5o., pues el precepto considera que al evaluar los riesgos, los Estados tendrán en cuenta los factores económicos, el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, la radiación o propagación de una plaga o enfermedad, los costes de control o erradicación en el territorio del Estado importados y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

El artículo 5.1 del Acuerdo MSF también exige que la evaluación del riesgo deba adecuarse a las circunstancias de cada caso. Esta disposición introduce una cierta flexibilidad y así ha sido interpretada por la jurisprudencia. Según el informe del Grupo Especial en el asunto *Australia – salmones*, una evaluación adecuada a la crisis obligaría a hacer una evaluación de riesgos “caso por caso” que tuviese en cuenta el producto, el origen, el destino y que comprendiera en particular las situaciones propias de cada país. En aquel caso concreto, para el gobierno australiano, las palabras “adecuada a las circunstancias” conferían a los Estados miembros de la OMC el derecho y la obligación de evaluar el riesgo, caso por caso, en relación con el producto, el origen y el destino, incluyendo en particular las situaciones nacionales específicas. En cambio, el Órgano de Apelación, en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*, se limitó a deducir de la citada expresión una cierta flexibilidad para cumplir las exigencias del artículo 5.1, al mencionar que:

---

está suficientemente respaldada o razonablemente justificada por la evaluación del riesgo. Cfr. párrafo 186, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

<sup>471</sup> Cfr. Artículo 5.1 del Acuerdo MSF.

...conscientes de que la aplicabilidad, a partir del 1o. de enero de 1995, de que una medida sanitaria o fitosanitaria debe basarse en una evaluación de los riesgos a las múltiples medidas sanitarias y fitosanitarias ya existentes en esa fecha de la prescripción puede imponer una carga a los Estados Miembros. Corresponde señalar aquí que el párrafo 1 del artículo 5 estipula que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben basarse en una evaluación de los riesgos, adecuada a las circunstancias, y ello deja en claro que los Estados Miembros cuentan con cierto grado de flexibilidad para cumplir lo prescrito en dicho párrafo.<sup>472</sup>

Asimismo, reconoció en el mismo asunto la legalidad de adoptar aproximaciones precautorias en diferentes facetas de la evaluación de riesgo al señalar que dicha evaluación podría establecer la opinión imperante que representa la tendencia principal de la opinión científica, así como las opiniones de los científicos que sostienen una opinión discrepante. También puntualizó que el artículo 5.1 del Acuerdo MSF exigía que la evaluación del riesgo tuviera que plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente. En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica.<sup>473</sup>

Posteriormente, el Grupo Especial señaló, en el asunto *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, que:

...en los casos en los que hay escasos testimonios científicos disponibles, la expresión “adecuada a las circunstancias” puede proporcionar una cierta flexibilidad en lo que respecta a cómo (aunque no a sí) concurren los elementos aplicables de la definición del párrafo 4 del Anexo A, con inclusión de la evaluación de la probabilidad.<sup>474</sup>

En el caso concreto de los OMG, la expresión “adecuada a las circunstancias” no ha ayudado a considerar que los informes sobre las cuestiones que se han fundado en las medidas de salvaguarda tomadas por los Esta-

---

<sup>472</sup> Párrafo 129, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

<sup>473</sup> *Ibidem*, párrafo 194.

<sup>474</sup> Párrafo 7.3053, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS/293/R, del 29 de septiembre de 2006.

dos miembros constituyan evaluaciones de riesgo en el sentido del Acuerdo MSF, principalmente porque se han basado más que en una probabilidad de riesgos en la falta o carencia de elementos para determinar dicha probabilidad.<sup>475</sup>

Se puede resaltar que el Grupo Especial abrió la puerta a nuevos argumentos extra-científicos, cuando incluyó la posibilidad de tener en cuenta aspectos cualitativos en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*.<sup>476</sup> Sin embargo, debe tenerse en cuenta la eficacia de los mecanismos de control y de cuarentena, que deben apoyarse en los factores económicos establecidos en el artículo 5.3 del Acuerdo MSF vistos anteriormente. Además, en la enumeración del artículo 5.2 del Acuerdo MSF se encuentran elementos aclaratorios para las evaluaciones científicas, como por ejemplo, la información científica existente, elementos de naturaleza medioambiental, no necesariamente de carácter científico (condiciones ecológicas y ambientales pertinentes) y elementos de corte económico (costes de control o erradicación, análisis coste-eficacia). En cambio, los enumerados en párrafo 3 del mismo artículo están limitados a riesgos sobre animales o vegetales, excluyendo aquellos que afectan a las personas. Así lo consideró el Grupo Especial al analizar que:

El párrafo 3 del artículo 5 resume los factores económicos pertinentes que es preciso tener en cuenta al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales. Dado que el alcance de la presente diferencia se limita a las cuestiones relativas a la vida o la salud de las personas, el párrafo 3 del artículo 5 no es en absoluto aplicable a la cuestión que se examina.<sup>477</sup>

La enumeración del artículo 5.2 no es una enumeración cerrada como se desprende del texto, al incluir los términos “y otros”, tal como lo declaró el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*. El citado órgano también flexibilizó el contenido de las evaluaciones al afirmar que:

...algunas de las categorías de factores enumeradas en el párrafo 2 del artículo 5, como “los procesos y métodos de producción pertinentes” y “los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba” no son necesariamente o

---

<sup>475</sup> *Ibidem*, párrafo 7.3044, Corti Varela, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales...*, cit., p. 64.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>477</sup> Párrafo 8.106, Informe del Grupo, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/R/USA, del 18 de agosto de 1997.

en su totalidad susceptibles de investigación con arreglo a métodos de laboratorio de, por ejemplo, bioquímica o farmacología.<sup>478</sup>

Además, el Órgano de Apelación considera esencial que el riesgo que se va a evaluar con arreglo al artículo 5.1 no es un riesgo verificable en un laboratorio científico que funciona en condiciones estrictamente controladas, sino también un riesgo real en las sociedades humanas. En otras palabras, se debe evaluar la posibilidad efectiva de que se produzcan efectos adversos para la salud humana en el mundo real en el que “las personas viven, trabajan y mueren”.<sup>479</sup> De este modo, y como menciona Corti Varela, se aceptan elementos no científicos como factores determinantes en el proceso de evaluación de riesgos.<sup>480</sup>

Una vez que se determina que el riesgo evaluado es inaceptable en relación con el nivel de protección elegido, pueden imponerse medidas para mitigar ese riesgo. Al hacerlo, el Acuerdo MSF exige a los Estados miembros que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección. Según lo dispuesto en el artículo 5.6 del acuerdo, una medida sanitaria y fitosanitaria podría considerarse incompatible con la OMC, si existiera otra medida razonablemente disponible que fuese significativamente menos restrictiva del comercio, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, mediante la que se pudiera lograr el mismo nivel adecuado de protección.

Respecto a la no discriminación, el artículo 2.3 del Acuerdo MSF obliga a los Estados a asegurarse de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificada a Estados miembros donde prevalezcan condiciones idénticas o similares, ya sea en su propio territorio o en otros. Puede decirse que la evaluación del riesgo que exige el artículo 5o. del Acuerdo MSF es una evaluación de carácter científico, si bien al amparo de la citada norma podrían incluirse otros elementos extracientíficos, amplios y flexibles, según la interpretación jurisprudencial, llegando a satisfacer, según los casos, las distintas necesidades sociales, políticas y económicas de los Estados.

---

<sup>478</sup> Párrafo 187, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

<sup>479</sup> *Ibidem*, párrafo 187.

<sup>480</sup> Corti Varela, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales...*, *cit.*, p. 63.

E. *Obligaciones en materia de gestión del riesgo*

Una vez evaluado el riesgo concreto de un determinado producto, el Acuerdo MSF exige que se adopten las medidas oportunas para su adecuada gestión. Se entiende por gestión del riesgo la etapa en que la autoridad pública decide qué medida se debe tomar para hacer frente al riesgo identificado y valorado previamente. La diferencia esencial entre la evaluación y la gestión de riesgo es que esta última implica la toma de decisiones políticas que no necesariamente deben apoyarse en consideraciones científicas.<sup>481</sup>

En el marco del Acuerdo MSF, la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias deben tener una base científica, y las disciplinas aplicables en relación con el proceso de evaluación científica del riesgo son bastante estrictas, a pesar de que se reconoce el derecho autónomo del Estado para establecer su nivel apropiado de protección.<sup>482</sup> Algunos Estados miembros se refieren a este concepto utilizando la expresión “nivel de riesgo aceptable”, con lo que pueden decidir qué nivel de protección desean para sus ciudadanos, animales y plantas. No obstante, al elegir ese nivel deben tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos perjudiciales para el comercio (artículo 5.4 del Acuerdo MSF). El uso del término “debería” indica que no entraña una obligación para los Estados miembros. En los párrafos 5 y 6 del artículo 5o. del Acuerdo MSF se establece la obligación de aplicar el concepto de nivel adecuado de protección, es decir, compatibilidad y no discriminación en la aplicación de las medidas o que las medidas no serán más restrictivas para el comercio de lo necesario para alcanzar el nivel adecuado de protección. Para la determinación del nivel apropiado de protección o nivel de riesgo aceptable, el Estado miembro goza de una amplia libertad, incluso puede adoptar una política de “riesgo cero”, aunque es difícil que la establezca de modo general ya que sería económicamente inviable aspirar a ese nivel de seguridad en todos los ámbitos.<sup>483</sup>

La imposibilidad de eliminar el riesgo en todos los aspectos de la vida nos lleva a considerar que no podría adoptarse una política de tolerancia cero en un solo ámbito, ya que la ausencia de riesgos en un campo generaría incoherencias y desproporciones respecto a otros.<sup>484</sup> En el asunto *Comunida-*

---

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>482</sup> *Cfr.* Anexo A, párrafo 5 del Acuerdo MSF.

<sup>483</sup> Corti Varela, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales...*, *cit.*, p. 66.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 66.

*des Europeas – hormonas*, los Estados Unidos sugirieron que “un posible nivel de protección respecto de la presencia de residuos de fármacos veterinarios en la carne podría ser que éstos (los fármacos) no comporten riesgo de cáncer para las personas”.<sup>485</sup> Si éste fuera el nivel adecuado de protección, las Comunidades Europeas podían evaluar si los residuos de las hormonas representaban algún riesgo a la luz de este nivel de protección. En otras palabras, no existía un nivel de protección adecuado que justificara la prohibición de las Comunidades Europeas, ya que a juicio del Grupo Especial, un nivel de protección de riesgo cero era el nivel de protección más restrictivo posible. Dado que tanto los animales como la carne objeto de la prohibición ya alcanzaban este nivel de protección, la prohibición no podía justificarse sobre la base del nivel adecuado de protección establecido por las Comunidades Europeas.<sup>486</sup>

Por su parte, las CE señalaron que, al contrario de lo alegado por los Estados Unidos, su propósito era evitar la presencia de residuos de hormonas añadidas a la carne y que la referencia a un riesgo cero resultaba engañosa.<sup>487</sup> Además, alegaron que no se insistía en el riesgo cero, sino que se perseguía impedir la presencia de cualquier tipo de residuos y que nunca habían afirmado poder garantizar una probabilidad cero de actividad ilícita, pues siempre había posibilidad de elusión de controles, lo que no significaba que hubiera que renunciar a los controles. Señalaba, además, que el párrafo 6 del preámbulo del Acuerdo sobre MSF dejaba claro que no era necesario que los Estados miembros cambiaran su nivel de protección adecuado o lo rebajaran para armonizarlo con medidas sanitarias o fitosanitarias menos estrictas del *Codex Alimentarius*.<sup>488</sup>

Las CE indicaron que había adoptado el nivel de riesgo cero como nivel adecuado de protección y que ese nivel justificaba sus medidas al amparo de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 3o. del Acuerdo MSF. Sin embargo, los Estados Unidos manifestaron que un nivel adecuado de protección sanitaria era un nivel de protección frente a un riesgo y que la CE no

---

<sup>485</sup> Cfr. Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/R/USA, del 18 de agosto de 1997, p. 43.

<sup>486</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>488</sup> El artículo 3.3 también indicaba que ningún Estado miembro estaba obligado a aceptar normas internacionales que tuviesen como resultado un nivel más bajo de protección que el que el Estado miembro había determinado que era adecuado. De acuerdo con el artículo 3.2, si una medida sanitaria o fitosanitaria estaba en conformidad con una medida internacional pertinente, se consideraba que era necesaria para la protección de la salud de las personas y se presumía que era compatible con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y GATT.

había identificado ningún riesgo concreto resultante de aquellas hormonas, ya que todas ellas eran inocuas.<sup>489</sup> Ante estos planteamientos, el Grupo Especial estimó que el riesgo cero de las CE era inalcanzable en la práctica; ni siquiera la prohibición de las CE permitía lograrlo, puesto que no podían garantizar que no hubiese ninguna probabilidad de utilización ilícita de aquellas hormonas.<sup>490</sup>

El principio de precaución se refleja en varias disposiciones del Acuerdo MSF, aunque de forma indirecta. El párrafo 6 del preámbulo recoge el deseo de los Estados miembros de armonizar las medidas sanitarias y fitosanitarias, y establece que eso no entraña que los Estados miembros deban modificar lo que consideran un nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales. El artículo 3.3 del Acuerdo se refiere al derecho de los Estados a adoptar en determinadas situaciones normas sanitarias y fitosanitarias que pueden ser más estrictas que las normas internacionales. El artículo 5.7 regula una excepción de la obligación de no mantener las medidas sanitarias y fitosanitarias, si no se dispone de testimonios científicos suficientes y cita:

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

La importancia del párrafo 7 del artículo 5o. del Acuerdo MSF es que autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud humana, animal y vegetal en los casos en que los testimonios científicos sean insuficientes, a pesar de que la función última del Acuerdo MSF consiste en garantizar que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria se aplique sobre la base de principios científicos y

---

<sup>489</sup> Párrafo 4.110, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/R/USA, del 18 de agosto de 1997.

<sup>490</sup> El Grupo Especial sostuvo además que “...este objetivo de «riesgo cero» no puede alcanzarse en ningún caso respecto de las tres hormonas naturales objeto de la diferencia, puesto que la CE permite la ingestión de esas mismas hormonas cuando están presentes de forma endógena en la carne y otros alimentos, así como su utilización para fines terapéuticos o zootécnicos”. *Ibidem*, párrafo 8.154.

que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes.<sup>491</sup> Por consiguiente, el artículo 5.7 tiene carácter de excepción y no de regla general, como examinamos a continuación.

## 2. *La adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias provisionales y el principio de precaución*

Teniendo en cuenta el hecho de que las medidas sanitarias y fitosanitarias pueden afectar al comercio internacional directa o indirectamente,<sup>492</sup> los Estados miembros están obligados a no aplicar tales medidas de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Estados miembros, bajo las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional.<sup>493</sup> Por esta razón, Charnovitz afirma que el Acuerdo MSF es más un acuerdo comercial que un acuerdo sobre salud,<sup>494</sup> por lo que los Estados miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplicará si es necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

Este carácter excepcional del artículo 5.7 del Acuerdo MSF exige unos requisitos estrictos para su plena aplicabilidad, tal y como lo confirmó el Órgano de Apelación en el asunto *Japón – medidas que afectan los productos agrícolas*. En concreto, un Estado sólo podrá adoptar y mantener las medidas sanitarias y fitosanitarias, respecto a una situación, cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, o sean adoptados sobre la base de la información pertinente de que se disponga, o traten de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisen las medidas en un plazo razonable.<sup>495</sup>

Cuando la evaluación de riesgos ofrezca nuevas evidencias científicas para probar la hipótesis original de la causa del riesgo, el proceso de revisión transforma la medida provisional en una medida normal, adoptada sobre la base de esta nueva evidencia científica. Sin embargo, en los casos en que la evaluación del riesgo indique que la hipótesis original era incorrecta o di-

---

<sup>491</sup> Cfr. Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.

<sup>492</sup> Cfr. Artículo 1.1 del Acuerdo MSF.

<sup>493</sup> Cfr. párrafo 1 del preámbulo del Acuerdo MSF.

<sup>494</sup> Charnovitz, S., “The supervision of health and biosafety regulation”, *Tulane environmental law journal*, Nueva Orleans, vol. 13, 2000, p. 276.

<sup>495</sup> Cfr. párrafo 89, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, del 19 de marzo de 1999.

ferente, la medida provisional deberá ser revisada nuevamente. En cambio, mientras la evaluación del riesgo continúe en estudio y no haya nuevas pruebas científicas, tal medida seguirá vigente a espera de obtener nuevas pruebas científicas. En consecuencia, los Estados deben obtener información adicional y examinar las medidas que adoptarán en un plazo razonable de tiempo, y así asegurarse que tales medidas siguen siendo necesarias, justificadas, eficaces y objetivas.

Cabe subrayar que los requisitos mencionados del artículo 5.7 son de carácter acumulativo; si uno de ellos no se satisface, se considerará que la medida provisional es incompatible con el Acuerdo MSF, pues así lo señaló el Grupo Especial en el asunto *Japón – medidas que afectan la importación de manzanas*, al constatar que:

...al no haberse satisfecho el primer requisito establecido en la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, y dado que los requisitos establecidos en esa disposición son acumulativos, el Japón no ha demostrado que la medida fitosanitaria impugnada es una medida provisional justificada al amparo del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF.<sup>496</sup>

Sobre la base del artículo 5.7 del Acuerdo se pretendió alcanzar un reconocimiento del principio de precaución en el ámbito de la OMC, de modo que comprendiese no sólo las medidas provisionales, sino también las permanentes. Entre los argumentos que avalaban dicho reconocimiento se esgrime el principio de precaución como una norma consuetudinaria general del derecho internacional o incluso como un principio general del derecho. Así lo definieron las Comunidades Europeas en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*, argumentando que “...el principio de cautela es o se ha convertido en una norma consuetudinaria general del Derecho internacional o por lo menos en un principio general del derecho...”<sup>497</sup>

En cambio, para los Estados Unidos el principio de precaución no es derecho internacional consuetudinario y sugieren que se trata más de un

---

<sup>496</sup> El Grupo Especial falló que la defensa de Japón basada en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF no podía mantenerse, puesto que la medida en cuestión no se había impuesto con respecto a una situación en la que se dispusiera de testimonios científicos insuficientes o poco fiables sobre la cuestión. Por el contrario, en relación con la situación concreta objeto de examen se disponía de mucha información. *Cfr.* párrafo 8.216 a 8.222, Informe del Grupo Especial, *Japón – medidas que afectan la importación de manzanas*, WT/DS245/R, del 15 de julio de 2003.

<sup>497</sup> Párrafo 121, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

enfoque que de un principio.<sup>498</sup> Canadá, siguiendo el criterio de los Estados Unidos, también consideró que el principio de precaución aún no había sido incorporado al *corpus* del derecho internacional público. No obstante, ha admitido que “el enfoque de precaución” o “concepto” constituye un principio incipiente del derecho, que en el futuro puede cristalizar en uno de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en el sentido del apartado *c* del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>499</sup> Sorprendentemente, el Órgano de Apelación se ha abstenido de pronunciarse sobre el reconocimiento del principio de precaución como principio general del derecho, confirmando tan sólo su aplicación generalizada en el ámbito medioambiental. No obstante, ha reconocido que:

la condición jurídica del principio de cautela en el Derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del Derecho, los órganos normativos y los jueces. Algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del Derecho medioambiental internacional consuetudinario. El hecho de que haya sido aceptado ampliamente por los Estados Miembros como un principio del Derecho internacional general o consuetudinario parece menos claro.<sup>500</sup>

Además, ha señalado que es importante la relación entre el principio de precaución y el Acuerdo MSF, a pesar de que dicho principio no esté recogido expresamente en el texto, pero sí en su preámbulo, y en los artículos 3.3 y 5.7 del acuerdo, al reconocer el derecho de los Estados miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes.<sup>501</sup>

Esta aclaración pone de manifiesto que el principio de precaución y el artículo 5.7 del Acuerdo MSF tienen una estrecha relación entre sí. En tal caso, surge la duda si dentro del régimen de la OMC sería posible asociarlos sin violar el ordenamiento jurídico de la organización internacional. Considero que la respuesta debe ser afirmativa, ya que si se trata de cuestiones del medio ambiente y salud de las personas, el Órgano de Apelación ha reconocido tal relación, por ejemplo, en el asunto *Comunidades Europeas – hormonas*, pero con

---

<sup>498</sup> *Ibidem*, párrafo 122.

<sup>499</sup> *Idem*.

<sup>500</sup> *Ibidem*, párrafo 123.

<sup>501</sup> *Ibidem*, párrafo 124.

la condición de que el principio de precaución no prevalezca sobre las disposiciones del artículo 5o. párrafos 1 y 2 del Acuerdo MSF.<sup>502</sup>

Además, cabe recordar cómo el Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – productos biotecnológicos* abrió la posibilidad de aplicar principios de derecho inscritos en otros acuerdos internacionales en disputas de la OMC, con la condición de que el Grupo Especial interpretase los términos de los Acuerdos de la OMC estimando que aquellos acuerdos son informativos.<sup>503</sup> Sin embargo, Corti Varela señala que ha existido un fracaso en la consolidación del principio de precaución como un principio general del derecho en el ámbito multilateral, al considerar que si bien existe un cierto acuerdo al mencionar al artículo 5.7 del Acuerdo MSF como una manifestación clara del principio de precaución en la legislación de la OMC, cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Estado miembro puede adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga.<sup>504</sup>

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos analizado, la aplicación del principio de precaución resulta compleja, porque exige que los responsables de las políticas ejerzan cierta discreción al determinarlas. Y para ello es importante establecer criterios que gobiernen la aplicación del principio. Dichos criterios deben perseguir un cierto equilibrio entre la escala del daño posible y el costo de la acción o inacción.

A medida que la escala de daño posible aumenta, se amplía la necesidad de actuar con precaución. Donde la posibilidad de daño es obvia, como en el caso del agotamiento de la capa de ozono, la necesidad de iniciar una acción se hace más clara y menos contenciosa. En cambio, donde la posibilidad de daño es menos obvia, la adopción de medidas de precaución

<sup>502</sup> El artículo 5o. del Acuerdo MSF señala la obligación de los Estados miembros de asegurarse: 1) que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, y 2) que al evaluar los riesgos, los Estados miembros deban tener en cuenta los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinente, y los métodos de inspección, muestreo y prueba. *Ibidem*, párrafo 125.

<sup>503</sup> Cfr. párrafo 7.93, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS/293/R, del 29 de septiembre de 2006.

<sup>504</sup> Corti Varela, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales...*, *cit.*, p. 55.

resulta cuestionable, pues las partes interesadas buscan proteger sus intereses. En cuestiones tales como los OMG, donde la ciencia evoluciona rápidamente y no ha llegado todavía a conclusiones claras, cabe esperar que se susciten controversias sobre el mejor curso de acción a seguir.

En relación con el costo de la acción o inacción, debe tenerse en cuenta cuándo se aplica el principio de precaución, pues como los recursos de los gobiernos son limitados, éstos deben tomar decisiones difíciles en lo que respecta a la distribución de los mismos. Es evidente que se deben tomar las medidas de precaución que no tengan coste económico neto. Pero como tales medidas pueden causar pérdidas en un área, aun cuando sean compensadas por ganancias en otra, continuarán suscitando la oposición vigorosa de algunos Estados. La falta de acción ocasiona también costes, como por ejemplo, daños incontrolados al medio ambiente, que pueden ser enormes. Es importante que estos costes sean tomados en cuenta en todos los cálculos, donde deben ser sopesados en comparación con los costes de la acción.

Los acuerdos de la OMC, por su parte, constituyen el fundamento jurídico del sistema internacional de comercio para la mayoría de los Estados. Estos acuerdos constituyen el resultado de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales mundiales celebrada de 1986 a 1994 bajo los auspicios de lo que era entonces el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio).

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio abarca todos los reglamentos técnicos, las normas de aplicación voluntaria y los procedimientos para garantizar su cumplimiento, excepto si se determina que se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias conforme al Acuerdo MSF. La naturaleza de la medida es lo que determina si pertenece al ámbito del Acuerdo OTC y su finalidad es lo que determina si se rigen por el Acuerdo MSF. Puede haber obstáculos técnicos al comercio en las medidas adoptadas para cualquier producto, desde los sistemas de seguridad de los vehículos automóviles y los dispositivos para ahorrar energía hasta la forma de los embalajes para alimentos. En cuanto a las medidas relativas de la salud de las personas, cabe citar como ejemplos de obstáculos técnicos al comercio, las restricciones de productos farmacéuticos o las prescripciones en el etiquetado de cigarrillos.

La mayoría de las medidas de control de enfermedades humanas se rigen por el Acuerdo OTC, salvo que se trate de enfermedades propagadas por los vegetales o por los animales, por ejemplo, la rabia o la encefalopatía espongiforme bovina.

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, por su parte, abarca las medidas que tienen por finalidad la protección de la salud de las personas o de los animales de los riesgos que comporten los productos ali-

menticios, proteger la salud de las personas y de los animales y, preservar los vegetales de plagas o enfermedades.

En el caso de los alimentos, por regla general, no se consideran medidas sanitarias o fitosanitarias la mayoría de las prescripciones de etiquetado, la información sobre nutrición ni los reglamentos sobre calidad y envasado, de modo que se rigen normalmente por el Acuerdo OTC. En cambio, los reglamentos que se refieren a la contaminación microbiológica de los alimentos establecen niveles autorizados de residuos de plaguicidas o medicamentos veterinarios o determinan los aditivos alimentarios autorizados, y quedan sujetos al Acuerdo MSF. Algunas prescripciones en materia de envasado y etiquetado, cuando están directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos, también están sujetas al Acuerdo MSF.

En los dos acuerdos hay algunos elementos comunes, como son las obligaciones de no discriminación o de establecer oficinas de información. No obstante, muchas de sus normas sustantivas son diferentes, como por ejemplo, ambos acuerdos alientan a los gobiernos a que apliquen normas internacionales, pero las reglas no son las mismas.

En el marco del Acuerdo OTC, los gobiernos pueden establecer normas propias, basándose en otras justificaciones, como motivos tecnológicos fundamentales o factores geográficos. Además, las medidas sanitarias y fitosanitarias sólo pueden aplicarse cuando sean necesarias para proteger la salud de las personas y la sanidad animal o vegetal, fundamentadas en información científica. En el caso de los obstáculos técnicos al comercio, los gobiernos pueden aplicar los reglamentos necesarios para la consecución de diferentes objetivos, como son la seguridad nacional o evitar prácticas que puedan inducir a error. Por tanto, si las obligaciones contraídas por los gobiernos en virtud de uno u otro acuerdo difieren, es importante distinguir si una medida es sanitaria o fitosanitaria, o si se rige por el Acuerdo OTC u otro.

En el marco del Acuerdo MSF, por el contrario, si un gobierno desea establecer normas propias para garantizar la inocuidad de los alimentos o proteger la sanidad animal y vegetal, sus normas deberán basarse en una evaluación científica de los posibles riesgos para la salud. Además, este acuerdo alienta a los gobiernos a que armonicen sus medidas nacionales con las normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas en otras organizaciones internacionales, entre ellas: 1) en lo que se refiere a la inocuidad de los alimentos, la Comisión Mixta FAO/OMS del *Codex Alimentarius*; 2) en lo que se refiere al control sanitario de los animales, la Organización Mundial de Sanidad Animal, y 3) en lo que se refiere al control sanitario de los vegetales, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) de la FAO.