

CAPÍTULO VI. La protección de la salud y el medio ambiente en el sistema multilateral del comercio.	155
I. Las excepciones ambientales en el comercio de mercancías	156
1. Normatividad y hermenéutica del artículo XX del GATT	157
2. La aplicación de los incisos <i>b</i> y <i>g</i> del artículo XX del GATT.	161
3. La interpretación del preámbulo del artículo XX del GATT.	165
II. Las excepciones generales en el comercio de servicios.	170
1. La cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS	171
2. Las medidas necesarias para proteger la vida de las personas y animales y la salud de los vegetales: artículo XIV inciso <i>b</i> del AGCS	173
3. El debate sobre el alcance material de las excepciones ambientales del AGCS.	175
III. La protección de la salud y el medio ambiente en el Acuerdo sobre los ADPIC	177
1. La exigencia de interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que se apoye la protección de la salud y el interés público	177
2. Las excepciones de patentabilidad para proteger el medio ambiente	180
3. El examen del artículo 27.3 b) por el Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC	186

CAPÍTULO VI

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

Con la institucionalización del régimen internacional del comercio, el desarrollo sostenible se añadió a las metas de apertura comercial y crecimiento económico.¹ Para alcanzar el desarrollo sostenible es indispensable que las políticas ambientales y comerciales se apoyen mutuamente.² Así, es necesario, por un lado, que las políticas comerciales no se utilicen para proteger a la industria nacional de la competencia extranjera y, por otro lado, que los acuerdos del régimen del comercio internacional no sean un obstáculo para que los países miembros adopten medidas de protección ambiental. La protección del medio ambiente pretende lograrse a través de excepciones generales tanto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) como en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y de excepciones específicas en el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).³ El objetivo del presente capítulo es analizar el funcionamiento de estas excepciones. Es importante decir que en el régimen del comercio internacional, por lo general, aunque no es así en todos los casos, la regulación de la protección

¹ Véase el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1o. de enero de 1995 (BOE, 24 de enero de 1995, núm. 20).

² *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, t. II, Madrid, MOPT, 1992, capítulo 39, inciso *d* y párrafo 2.19.

³ El texto del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) puede consultarse, respectivamente, en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra, Publicado por la Secretaria del GATT, 1994, pp. 22-25, 503-583, 341-380 y 381-419.

del medio ambiente es paralela a la regulación de la protección de la salud.⁴ Este es el motivo por el que se examinan de manera conjunta.

El capítulo está dividido en tres partes. En la primera parte se analizan las excepciones ambientales previstas en los incisos *b* y *g* del artículo XX del GATT en donde se abordan cuestiones de interpretación y aplicación. La segunda parte estudia el funcionamiento de las excepciones ambientales del AGCS, las condiciones de la cláusula introductoria y del inciso *b* del artículo XIV, así como la controversia en torno a su alcance material. En la tercera parte se examina la forma en que el Acuerdo sobre los ADPIC aborda las cuestiones de salud y medio ambiente, con especial atención a las normas sobre patentes. Así, hacemos referencia al artículo 8.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y al párrafo 19 de la Declaración de Doha que establecen una regla de interpretación del acuerdo de forma que se apoye la protección de la salud y otros objetivos de orden público. También son analizadas las excepciones de patentabilidad aplicables a algunos elementos del medio ambiente de los párrafos 2 y 3 del artículo 27. El capítulo termina con una breve referencia a los aspectos analizados por el Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC en el examen del artículo 27.3.

I. LAS EXCEPCIONES AMBIENTALES EN EL COMERCIO DE MERCANCÍAS

El artículo XX tiene la finalidad de garantizar que el GATT no impida que los países miembros adopten medidas comerciales incompatibles con sus disposiciones para lograr algunos objetivos de orden público.⁵ La pro-

⁴ La íntima relación que existe entre la protección del medio ambiente y la salud en los acuerdos del sistema multilateral del comercio se refleja en la doctrina. Véase, por ejemplo, Goldman, P. y Wagner, M., *The case for rethinking the WTO: the full story behind the WTO's environment and health cases*, San Francisco, Earthjustice Legal Defense Fund, 1999, <http://www.earthjustice.org/regional/international/thecase.pdf>; Grote, U. y Kirchhoff, S., *Environmental and food safety standards in the context of trade liberalization: issues and options*, Bonn, Center for Development Research, 2001. (ZEF-discussion papers on development policy; 39) http://www.zef.de/download/zef_dp/ZEF-DP-39.PDF.

⁵ Informe del grupo especial en el caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos e impuestos internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párrafos 73 y 74. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Canadá-Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*, GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988, párrafo 4.6.

tección del medio ambiente en gran medida logra justificarse como objetivo de orden público implícitamente en los incisos *b* y *g* del artículo XX.

1. *Normatividad y hermenéutica del artículo XX del GATT*

La interpretación de la relación que existe entre el artículo XX y el resto las normas del GATT ha llevado a una aplicación restringida de sus excepciones, incluso ha hecho surgir algunas dudas sobre la naturaleza jurídica de esta disposición.

A. La discutida normatividad del artículo XX del GATT

Los grupos especiales han considerado que las excepciones del artículo XX no son normas positivas que establezcan por sí mismas obligaciones, sino que tienen un carácter limitado, condicionadas a las obligaciones impuestas por otras normas del GATT.⁶ Este razonamiento es cuestionable, ya que el límite material de las excepciones del artículo XX se establece en sus diversos incisos y las condiciones son sólo aquellas enumeradas en su cláusula introductoria.⁷

La primera vez que el órgano de apelación interpretó las excepciones ambientales del artículo XX reconoció que puedan invocarse como derechos legales —posteriormente también observó que tienen el carácter de defensa afirmativa y, por lo tanto, la carga de probar su procedencia incumbe a quien la invoca—;⁸ no obstante, añadió que no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del Acuerdo

⁶ Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991, GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991 (informe no adoptado), párrafo 5.22.

⁷ Mcrae, D., “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Gran Bretaña, Kluwer Law International, 2000, p. 230. Ahora bien, conviene observar que son las medidas en sí, no los objetivos, los que deben satisfacer los requisitos del artículo XX. De este modo, no son objeto de examen o cuestionamiento las elecciones hechas por los gobiernos en materia de medio ambiente. Véase el informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991..., *cit.*, nota 7, párrafo 5.32.

⁸ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, OMC. Doc. WT/DS/33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, pp. 362-364.

General.⁹ El órgano de apelación no explica por qué el artículo XX no merece ser calificado de norma substantiva al igual que otras disposiciones del GATT. Algunos autores sostienen que esta interpretación coloca al artículo XX en un plano inferior respecto al resto de normas del acuerdo.¹⁰ Por otro lado, la posición del órgano de apelación es ambigua cuando se trata de determinar de dónde deriva el carácter limitado y condicional de las excepciones del artículo XX, si de la cláusula introductoria o de otras normas del Acuerdo General.¹¹ El preámbulo, en su opinión, debe trazar una línea de equilibrio entre los derechos del país importador conforme al artículo XX y los derechos del país exportador derivados de normas substantivas como el artículo XI.¹² El órgano de apelación no reconoce que cuando se aplica debidamente el preámbulo del artículo XX no hay necesidad de realizar ningún equilibrio de derechos.¹³ En otras palabras, si una medida se justifica en los incisos *b* o *g* del artículo XX y además cumple con las condiciones establecidas en el preámbulo, el artículo XI no otorga ningún derecho a los países exportadores que precise ser equilibrado. Al incluir los derechos substantivos de los países exportadores —como el artículo XI— en la interpretación del artículo XX, habrá una tendencia a interpretar las excepciones de forma limitada y restringida para evitar una interferencia con los derechos substantivos en cuestión.¹⁴ Esta interpretación va en contra de los objetivos previstos para el artículo XX de garantizar que las interpretaciones del GATT no obstaculicen la adopción de medidas comerciales para lograr objetivos de orden público de los miembros.

⁹ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 22 (versión en inglés).

¹⁰ Chanorvitz, S., “The Law of Environmental ‘PPMS’ in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, Winter 2002, pp. 81 y 82.

¹¹ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998.

¹² *Ibidem*, párrafo 159.

¹³ Mcrae, D., *op. cit.*, nota 7, p. 232.

¹⁴ Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 10, pp. 81 y 82.

B. *El orden metodológico de análisis del artículo XX*

La procedencia de una excepción requiere examinar, en primer lugar, si la medida se justifica provisionalmente en los incisos *b* o *g* y, en segundo lugar, si cumple con las condiciones de la cláusula introductoria.¹⁵ Para el órgano de apelación, interpretar el preámbulo en el sentido que evite el abuso o el uso indebido de las excepciones se hace muy difícil, si no imposible, si no se han identificado y examinado en primer lugar la excepción específica amenazada de abuso.¹⁶

C. *El ámbito de aplicación de los incisos b y g del artículo XX*

Los incisos *b* y *g* del artículo XX ya han sido invocados para intentar justificar medidas comerciales para proteger elementos ambientales fuera de la jurisdicción del país que impone la medida.¹⁷ Antes de la creación de la OMC los grupos especiales habían interpretado que este tipo de medidas no se justificaban en los incisos mencionados. Concretamente se sostuvo que las medidas unilaterales que buscan lograr un cambio en las políticas de protección ambiental de terceros países no tenían cabida en las excepciones del artículo XX.¹⁸ Una vez creada la OMC, el órgano de

¹⁵ Informe del órgano de apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional...*, *cit.*, nota 9, p. 22 (versión en inglés).

¹⁶ Cuando un grupo especial invirtió el orden de análisis el órgano de apelación revocó el informe argumentando error de interpretación jurídica. Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 13, párrafos 120 y 122.

¹⁷ Anteriormente, en este estudio, hemos señalado que en general este tipo de medidas se relaciona con los procesos y métodos de producción de terceros países.

¹⁸ El grupo especial en el asunto *Atún-Delfines I* observó la historia legislativa demuestra que el inciso *b* pretendió limitarse para la aplicación de medidas sanitarias dentro de la jurisdicción del país importador. La situación contraria, en su opinión, daría como resultado que por virtud del inciso *b* cada país podría imponer unilateralmente las políticas ambientales de las que el resto de países no podrían desviarse. En cuanto al inciso *g*, el mismo grupo especial observó que el requisito de la aplicación de restricciones conjuntas había sido interpretado en el sentido de que sólo podía cumplirse si las restricciones comerciales conjuntas estaban *destinadas principalmente a hacer efectivas tales restricciones*. En opinión del grupo especial, ya que los países sólo pueden controlar efectivamente la producción o consumo de un recurso natural agotable que se ubica dentro de su jurisdicción, el inciso *g* del artículo XX no podía aplicarse extrajurisdiccional-

apelación sostuvo que condicionar el acceso al mercado interno de un miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política unilateralmente prescrita por el miembro importador puede ser un aspecto común de las medidas comprendidas en el artículo XX. En su opinión, exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas prescritas por el país importador no imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Añadió que una interpretación contraria inutiliza las excepciones del artículo XX.¹⁹ Aunque los razonamientos anteriores podrían conducir a pensar que las medidas comerciales comprendidas en los incisos *b* y *g* pueden ser aplicadas para proteger bienes ambientales fuera de la jurisdicción del país importador, esto aún no está claro.²⁰ En primer lugar, si bien es verdad el órgano de apelación en el caso dijo que este tipo de medidas no están *a priori* prohibidas, también subrayó que esto no era un pronunciamiento sobre si existe o no una limitación jurisdiccional del inciso *g* del artículo XX.²¹ En segundo lu-

mente. Véase el informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991..., *cit.*, nota 7, párrafos 5.25–5.27 y 5.31–5.32. Si bien es verdad el grupo especial en el asunto *Atún-Delfines II*, consideró que los incisos *b* y *g* no establecen ninguna limitación que apoye la conclusión de que los recursos naturales agotables o seres vivos que se desea proteger deban estar dentro de la jurisdicción territorial del país que aplica la medida, negó la calidad de excepción a la medida examinada precisamente porque interpretó que las medidas que buscan modificar las políticas de protección ambiental de terceros países no pueden considerarse necesarias, ni destinadas a la conservación en los términos exigidos por los incisos *b* y *g* del artículo XX. Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1994. GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994 (Informe no adoptado), párrafos 5.27 y 5.39. En cualquier caso, los informes de los grupos especiales en los asuntos anteriores no fueron adoptados y, por lo tanto, no producen consecuencias jurídicas. El órgano de apelación dijo en una ocasión que los informes no adoptados de los grupos especiales del GATT o del órgano de solución de diferencias no tienen estatus legal en la OMC. *Cfr.* Informe del caso órgano de apelación en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 4 de octubre de 1996, p. 15.

¹⁹ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón...*, *cit.*, nota 13, párrafo 121.

²⁰ O'Brien, P., "Unilateral Environmental Measures after the WTO Shrimp-Turtle Decision", en Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, pp. 470 y 471.

²¹ Aunque en el caso se analizaba sólo el inciso *g* del artículo XX, un pronunciamiento sobre su ámbito espacial de validez hubiera podido ser aplicable también al inciso *b*, pues

gar, después de enfatizar que las tortugas que se deseaban proteger en sus migraciones nadaban por aguas del país importador, dijo que la medida se justificaba provisionalmente en el inciso mencionado porque existía *un vínculo suficiente* entre el bien ambiental y el país que buscaba protegerlo. Así, la existencia de un vínculo jurisdiccional, al parecer, es necesaria para justificar una medida como excepción en el artículo XX.²²

2. La aplicación de los incisos b y g del artículo XX del GATT

A. El inciso b y las normas sobre su aplicación

El inciso b permite a los países miembros de la OMC adoptar las restricciones comerciales que resulten *necesarias* para la protección de la salud de las personas, animales y la preservación de los vegetales. La cuestión, por lo tanto, es definir cuándo una medida comercial puede considerarse necesaria para proteger los objetivos citados. Comúnmente a este examen se le conoce como “la prueba de la necesidad”. Actualmente, para que una medida incumpla con la condición de ser *necesaria* para la protección es preciso que el país importador, teniendo a su disposición otras opciones menos restrictivas para el comercio e igualmente eficaces para lograr el objetivo de orden público pretendido, deliberadamente hubiera optado por aplicar la medida más restrictiva.²³

en el contexto de sus argumentos del órgano de apelación se ocupaba de analizar a las excepciones del artículo XX en general.

²² Véase Simmons, B., “In Search of Balance: An Analysis of the WTO Shrimp/Turtle Appellate Body Report”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 24, 1999, p. 440; Wofford, C., “A Greener Future at the WTO: The Refinement of WTO Jurisprudence on Environmental Exceptions to GATT” *Harvard Environmental Law Review*, vol. 24, 2000, núm. 2, p.584. Para una opinión en contra véase Chang, H., “Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle Case”, *Southern California Law Review*, vol. 74, noviembre 2000, pp. 34-36.

²³ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R 12 de marzo de 2001, p. 73. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos*, GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párrafo 81. Informe del órgano de apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos, 162, 166 y 163.

Ahora bien, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) desarrolla normas sobre la aplicación del inciso *b* del artículo XX. De este modo, las medidas aplicadas para proteger la vida de las personas y animales o la salud de los vegetales, no sólo deberán satisfacer las condiciones del inciso *b* y del preámbulo del artículo XX, sino también las del Acuerdo MSF.²⁴

Para promover la armonización, el Acuerdo MSF dispone que los miembros, al establecer los niveles de protección sanitaria o fitosanitaria, se basarán en estándares internacionales.²⁵ Ahora bien, en virtud de que entre algunos miembros existía el temor de que las normas de la OMC les obligaran ya sea a elevar o rebajar los niveles de protección ambiental que han elegido, el Acuerdo MSF permite a cada país adoptar el nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que consideren adecuado.²⁶ Sin embargo, esta libertad es limitada, pues como veremos, invariablemente el nivel de protección de una medida deberá justificarse en la ciencia o en una evaluación de los riesgos.²⁷

El acuerdo establece que los miembros al aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias deberán asegurarse que estén basadas en principios científicos.²⁸ Sin embargo, permite la adopción de niveles de protección más estrictos que los establecidos en estándares internacionales si existe justificación científica suficiente, o si el país miembro considera que el nivel de protección elegido es adecuado de conformidad con el artículo 5o.²⁹ Las medidas que representen un nivel de protección por encima de los estándares internacionales no podrán ser incompatibles con ninguna otra disposición del acuerdo. Además, las medidas deberán basarse en una evaluación de los riesgos sanitarios o fitosanitarios utilizando técnicas reconocidas.³⁰ Ahora bien, cuando no exista información científica sufi-

²⁴ El texto del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay...*, *cit.*, nota 3, pp. 72-88.

²⁵ Artículo 3.1 del Acuerdo MSF.

²⁶ *Ibidem.*, artículo 3.3.

²⁷ Victor, D., "The Sanitary and Phytosanitary Agreement of the World Trade Organization: An Assesment after Five Years", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, Summer 2000, p. 934.

²⁸ Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.

²⁹ *Ibidem.*, artículo 3.3.

³⁰ *Ibidem.*, artículo 5.1.

ciente, se podrán adoptar medidas provisionales. Sin embargo, los miembros deberán procurar obtener información adicional que les permita realizar una valoración objetiva del riesgo.³¹

El órgano de apelación ha precisado que cuando los niveles de protección sean más elevados que los estándares internacionales deberán ser consistentes con las disposiciones restantes del acuerdo, incluido el artículo 5o. que exige que las medidas estén basadas en una evaluación científica del riesgo.³² El incumplimiento de llevar a cabo una evaluación del riesgo implica una violación del deber de basar las medidas en los principios científicos.³³ Así, la libertad para determinar el nivel de protección de los países miembros es limitada.³⁴ Por último, cabe mencionar que, en algunos casos, el principio de precaución se ha invocado para justificar la aplicación en este campo. Aunque el estatus legal de este principio en el Acuerdo MSF no ha sido definido, los grupos especiales han observado que este principio no puede ser invocado para dejar de cumplir la obligación de basar las medidas en una evaluación científica del riesgo.³⁵

³¹ *Ibidem*, artículo 5.7.

³² Informe del órgano de apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos*, OMC. Doc. WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párrafos 175, 176 y 193. En relación con la justificación científica requerida por los artículos 2.2 y 3.3 cabe destacar que los miembros no están obligados en todos los casos a basar sus medidas en la posición científica mayoritaria, las opiniones divergentes de una minoría puede ser suficiente a efectos de justificación. Algunos autores argumentan que de esta manera se debilita la exigencia de justificación científica, porque siempre será posible presentar testimonios científicos que apoyen un determinado punto de vista. Thorn, C. y Carlson, M., "The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade", *Law & Policy in International Business*, vol. 31, núm. 3, primavera 2000, p. 846. En cualquier caso, serán los grupos especiales o el órgano de apelación los que decidan si la evidencia es suficiente.

³³ *Ibidem*, párrafo 193.

³⁴ Wagner, J. "The WTO's Interpretation of the SPS Agreement Has Undermined the Right of the Governments to Establish Appropriate Levels of Protection Against Risks", *Law & Policy in International Business*, vol. 31, núm. 3, Spring 2000, pp. 855-857.

³⁵ Informe del órgano de apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 32, párrafos 124 y 125; Informe del grupo especial en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, OMC Docs. WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293, 29 de septiembre de 2006, párrafo 7.88. Sobre el principio de precaución véase Freesto-

B. *El inciso g del artículo XX*

El inciso *g* permite las restricciones comerciales relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, siempre y cuando se apliquen conjuntamente restricciones a la producción y consumo nacionales. La aplicación de esta excepción precisa determinar qué es un *recurso natural agotable*, cuándo una medida se considera *relativa a la conservación* y qué significa restricciones *conjuntas* a la producción y al consumo. El término *recurso natural agotable* ha sido interpretado de forma muy amplia, comprendiendo cualquier recurso natural que pueda ser llevado al borde de la extinción por las actividades humanas. Esta interpretación engloba incluso los recursos naturales vivos a pesar de que en sentido estricto son renovables.³⁶ Por otro lado, el órgano de apelación ha dicho que para que una medida sea considerada *relativa a la conservación* debe existir una auténtica relación entre los medios (la restricción) y los fines (el bien ambiental a proteger).³⁷ Por último, la condición de aplicar restricciones conjuntas a la producción y consumo doméstico se satisface si las limitaciones comerciales no recaen únicamente sobre los productos importados.³⁸

Los grupos especiales del GATT de 1947 se caracterizaron por realizar interpretaciones poco textuales de los incisos *b* y *g*, añadiendo condiciones artificiales que ninguna medida de protección ambiental logró satisfacer. Con la creación de la OMC la solución de controversias en el marco del Acuerdo General sufrió una evolución positiva. Por medio de una interpretación literal del GATT el órgano de apelación ha eliminando las condiciones artificiales que habían sido añadidas a los incisos *b* y *g*. De hecho, todas las medidas analizadas en controversias posteriores a la creación de la OMC han logrado satisfacer, sin demasiadas complica-

ne, D. y Hey, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law [The Challenge of Implementation]*, The Hague, Kluwer Law International, 1996. También Jiménez de Parga, P., *El Principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, La Ley, 2001.

³⁶ Informe del órgano de apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 13, párrafos 128 y 130.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 136.

³⁸ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional...*, *cit.*, nota 9, p. 24.

ciones, las condiciones establecidas en estos incisos. Por razones de espacio aquí sólo hemos mencionado la forma en que actualmente son interpretados estos incisos. Aunque las interpretaciones del órgano de apelación permiten que una medida logre fácilmente justificarse de forma provisional en los incisos *b* y *g* del artículo XX del Acuerdo General, también ha conseguido que sea difícil que logren satisfacer las condiciones establecidas en la cláusula introductoria de tal disposición. Sólo una ha logrado cumplir las condiciones de la cláusula introductoria y no se trataba de una medida de protección ambiental, sino de una medida sanitaria destinada a proteger la salud dentro del territorio del país que la aplicaba.³⁹ El problema ha sido que, a diferencia de los incisos *b* y *g*, los términos del preámbulo no han sido interpretados literalmente.

3. *La interpretación del preámbulo del artículo XX del GATT*

El preámbulo del artículo XX pretende evitar el uso indebido de las excepciones y, para lograrlo, requiere que las medidas que busquen justificarse en éstas no constituyan un medio de *discriminación arbitraria* o *injustificable* entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones o una *restricción encubierta* al comercio.

A. Los elementos para determinar cuándo la discriminación está justificada

En algunas decisiones el órgano de apelación ha dicho que una discriminación es injustificable si podía haberse “previsto” y no fue “meramente involuntaria o inevitable”.⁴⁰ En otras decisiones, ha considerado que si un país no ha realizado esfuerzos de buena fe para alcanzar acuerdos internacionales de protección del bien ambiental en cuestión con to-

³⁹ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 23. Para un comentario sobre este informe véase Martínez, E. J., “La salud pública en el GATT de 1994 y en el Acuerdo OTC: comentario al informe del órgano de apelación de la OMC Comunidades Europeas – Medidas que afectan el amianto y a los productos que contienen amianto”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, vol. 215, 2001, pp. 74-89.

⁴⁰ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional...*, *cit.*, nota 9, p. 32.

dos los países que puedan verse afectados por la medida ésta sería injustificable. Como observa McRae, en este punto se introduce una condición que no tiene fundamento en el texto del artículo XX, quedando manifiesta la tendencia del órgano de apelación de interpretar el preámbulo como un equilibrio de intereses, que en el caso se lograría a través de la negociación.⁴¹ Aunque el órgano de apelación cita el principio 12 de la Declaración de Río que establece una preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para luchar contra los problemas ambientales transfronterizos o globales, esta declaración no es vinculante.⁴² El órgano de apelación equipara prácticamente el unilateralismo con la discriminación injustificable y convierte el multilateralismo en obligatorio más que en preferible.⁴³ Más aún, no hay una relación directa entre la discriminación injustificable y el unilateralismo. La discriminación puede resultar de una negociación, del mismo modo que la aplicación unilateral de una medida no es *per se* discriminatoria.⁴⁴ Es interesante observar que esta forma de interpretar la discriminación, en algunos casos, también puede afectar a las medidas comerciales adoptadas para lograr objetivos de los acuerdos multilaterales de protección ambiental; particularmente, las medidas aplicadas a Estados no partes en los acuerdos y las medidas comerciales que, aun siendo aplicadas entre partes, no son específicas.

Adicionalmente, el hecho de que el órgano de apelación, para justificar la adición de la exigencia de celebrar de negociaciones de buena fe a las condiciones del preámbulo, haya citado el principio 12 de la Declaración de Río, podría ser interpretado como una deferencia hacia las medidas multilaterales sobre las unilaterales desde el régimen del comercio

⁴¹ McRae, D., "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, p. 231.

⁴² Véase *Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 14 de Junio de 1992. (UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁴³ El órgano de apelación, en decisiones posteriores sobre el mismo asunto, ha señalado que la obligación de negociar no se traduce en obligación de concluir un acuerdo. Informe del órgano de apelación al recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/AB/RW, del 22 de octubre de 2001, p. 40.

⁴⁴ McRae, D., *op. cit.*, nota 41, p. 231.

internacional. Efectivamente, pese a que mucho se ha discutido sobre la importancia de dar cabida a este tipo de medidas en el contexto de la OMC, la exigencia de realizar negociaciones de buena fe es la única deferencia *potencial* hacia las medidas multilaterales de protección ambiental que puede encontrarse en las normas o en la jurisprudencia de la OMC.

En cualquier caso, hay razones para pensar que el órgano de apelación, al exigir la celebración de consultas, más que favorecer las opciones multilaterales, pretendía evitar un rasgo discriminatorio de la medida examinada. La ley origen de la restricción comercial que dio lugar a la diferencia, en la que el órgano de apelación incorporó esta nueva exigencia, ordenaba al Secretario de Estado estadounidense celebrar negociaciones encaminadas a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países para la protección y conservación de las especies de tortugas marinas.⁴⁵ El órgano de apelación observó que estas negociaciones se habían realizado con algunos países, pero con otros no -entre los que se encontraban los apelantes- y, por lo tanto, afirmó que, ya que los Estados Unidos no habían realizado esfuerzos de buena fe para alcanzar acuerdos internacionales de protección del bien ambiental en cuestión con todos los países que puedan verse afectados, la medida era injustificable.⁴⁶ Si consideramos que la medida examinada trataba de evitar riesgos a una especie en peligro de extinción protegida por un AMUMA—CITES— en el que *todos* los países involucrados en la diferencia eran partes y que, además, prevé entre sus disposiciones el uso de medidas comerciales, podemos concluir que el órgano de apelación no estaba pidiendo a los Estados Unidos que favoreciera las opciones multilaterales sobre las unilaterales, estaba pidiendo que tratara de la misma forma a todos los Estados y, en este caso concreto, la diferencia en el trato incidentalmente versaba sobre la celebración de negociaciones.⁴⁷ De otra

⁴⁵ Informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 13, párrafo 167.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafos 169 y 172.

⁴⁷ El propio órgano de apelación reconoce que todas las partes en la diferencia son partes en un acuerdo multilateral de protección ambiental que protege a las tortugas marinas y que entre otros instrumentos de protección contempla el uso de restricciones comerciales. Hay que decir, en cualquier caso, que las restricciones se autorizan sólo para el comercio de la especie protegida y no para actividades que las pongan en riesgo. Véase Informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 13, párrafo 135.

manera no se explica por qué el órgano de apelación habría de pedir la celebración de nuevas negociaciones entre los mismos países para proteger el mismo elemento ambiental en donde se autorizarán medidas del tipo aplicadas. Por lo tanto, al parecer la exigencia de celebrar negociaciones es producto de la casualidad y no de una preferencia por las opciones multilaterales. De hecho, es difícil imaginar que el órgano de apelación hubiera incorporado la exigencia de realizar negociaciones de buena fe a las condiciones del preámbulo si, por ejemplo, la ley estadounidense, en lugar de exigir negociaciones, hubiera ordenado al Secretario de Estado facilitar ayuda financiera para implementar el programa de protección de tortugas, y sólo algunos países hubieran recibido dicha ayuda. No está claro, por lo tanto, hasta qué punto el pronunciamiento del órgano de apelación facilita la justificación de una medida comercial adoptada en el contexto de un AMUMA.

Por otro lado, el órgano de apelación también ha dicho que una discriminación injustificable no sólo tiene lugar cuando los países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida es rígida e inflexible, y no permite una investigación para determinar si el programa reglamentario exigido es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países exportadores.⁴⁸ Este razonamiento tampoco se apoya en el texto del preámbulo del artículo XX. En lugar de considerar que la discriminación se justifica porque entre los países afectados existen condiciones diferentes, niega justificación a la discriminación precisamente porque no tiene en cuenta que entre los países afectados prevalecen condiciones distintas.⁴⁹ Una vez más la única forma de dar sentido a este razonamiento es considerar que el órgano de apelación interpreta su tarea de aplicar el preámbulo como un equilibrio de intereses.⁵⁰

⁴⁸ Informe del órgano de apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 13, párrafo 165.

⁴⁹ Gaines, S., “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 22, invierno 2001, p. 785.

⁵⁰ La aplicación uniforme de la medida en el caso no tomaba en cuenta los intereses de los Estados afectados. Sin embargo, la interpretación del órgano de apelación da lugar en el preámbulo a la consideración de tales intereses. McRae, D., *op. cit.*, nota 41, p. 231.

Así, la jurisprudencia del GATT/OMC aún no ha desarrollado ningún estándar claro de racionalidad que permita determinar cuándo la discriminación puede justificarse o no es arbitraria. No obstante, ha rechazado categóricamente las iniciativas de algunos países en ese sentido. Cuando en el asunto *Camarón-Tortugas* se sugirió que la política de la excepción del artículo XX podría ser la base para determinar la justificación de una diferencia de trato a los productos de diferentes países, el órgano de apelación negó razón a tales argumentos y dejó claro que, en su opinión, el objetivo de la medida se analiza al determinar si se justifica provisionalmente en los incisos *b* y *g*, pero no podía ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX.⁵¹ Esta interpretación priva al preámbulo del único punto de referencia que permitiría justificar una discriminación por razones ambientales.

A diferencia de lo que opina el órgano de apelación, las únicas condiciones pertinentes para determinar que entre dos países no existen las mismas condiciones, como observa S. Gaines, deben tener una relación directa con el objetivo de orden público que se pretende lograr.⁵² Sería ilógico que cuando se analiza una medida para determinar si encuentra justificación en el artículo XX se tomara en cuenta condiciones imperantes en los distintos países que no guardan relación con el elemento ambiental que se desea proteger. Por ejemplo, una restricción aplicada para proteger recursos naturales agotables debe poder discriminar entre distintas naciones dependiendo de factores relevantes para el objetivo de conservación, verbigracia, si existe el recurso a proteger en el país afectado por la medida, o si sus políticas de conservación son efectivas.⁵³

B. *Restricción encubierta al comercio internacional*

El grupo especial en el asunto *Asbestos* sostuvo que una interpretación literal de esta condición del preámbulo lleva a concluir que una restric-

⁵¹ Informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 13, párrafos 13 y 149.

⁵² Gaines, S., *op. cit.*, nota 49, p. 780.

⁵³ Por otro lado, una restricción comercial para proteger un recurso natural agotable que discrimina con base en condiciones prevalecientes entre países que no tiene relación con el objetivo de protección, por ejemplo, con base en las diferencias en la estabilidad política entre los países, sería injustificable. *Idem.*

ción comercial, para ser considerada encubierta, debe tener la intención oculta de restringir el comercio detrás de supuesta una preocupación ambiental.⁵⁴ Es decir, el objeto de análisis es el propósito de la medida, no su anuncio público. El grupo especial añadió que en el análisis de esta condición se debe tomar en cuenta la *aplicación objetiva* de la medida, como lo propuso el órgano de apelación en la interpretación del concepto producto similar en el contexto del artículo III.⁵⁵ Ya hemos mencionado antes que el estudio del proteccionismo a través del examen de su aplicación objetiva, sin considerar el estudio de la evidencia objetiva del propósito normativo —buena fe—, es inadecuado para distinguir las restricciones encubiertas al comercio internacional de las políticas basadas en consideraciones ambientales auténticas.

En el AGCS también existen excepciones de carácter general que habilitan a los Estados a adoptar restricciones para lograr determinados objetivos de orden público, entre los que se encuentran comprendidos algunos elementos del medio ambiente.

II. LAS EXCEPCIONES GENERALES EN EL COMERCIO DE SERVICIOS

Las excepciones generales del AGCS se establecen en el artículo XIV. Las medidas comprendidas en esta disposición están exceptuadas de todos los compromisos y obligaciones dimanantes del AGCS, y no requieren consignarse en las listas de compromisos específicos sobre acceso a los mercados, trato nacional u otros compromisos adicionales.⁵⁶ Evidentemente, las restricciones aplicadas a aquellos sectores en los que no

⁵⁴ Informe del grupo especial en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 23, p. 544.

⁵⁵ *Idem.* Véase también informe del órgano de apelación en el caso *Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas...*, *op. cit.*, p. 34. Aunque este criterio se refiera al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el grupo especial no vio por qué no sería aplicable en otras circunstancias cuando debe determinarse si una medida se aplica con fines de protección.

⁵⁶ Consignación en listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios, nota explicativa, GATT Doc. MTN.GNS/W/164, 3 de septiembre de 1993, párrafo 13. Véase también World Trade Organization, *GATS Fact and Fiction*, Ginebra, 2001, OMC, p. 17.

existan compromisos específicos o que estén sujetos a limitaciones no requerirán justificarse como excepciones generales.⁵⁷

El inciso *b* del artículo XIV, de contenido idéntico al inciso *b* del artículo XX del GATT, es la norma que permitiría justificar una restricción comercial al sector de los servicios para proteger algunos elementos del medio ambiente. Para evitar el uso indebido de las excepciones, el artículo XIV contiene una serie de condiciones que una medida debe de cumplir para calificarla como excepción, en términos muy similares a los utilizados en el preámbulo del artículo XX.

1. *La cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS*

Esta clausula dispone que, a reserva de que las medidas que busquen lograr alguno de los objetivos de orden público expresamente enumerados en esta disposición no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del AGCS se interpretará en el sentido de impedir que un miembro adopte o aplique tales medidas.⁵⁸

⁵⁷ La liberalización de los servicios ha alcanzado ya sectores cuyo suministro tradicionalmente había sido monopolizado por las administraciones públicas como el control de la contaminación y la gestión de desechos. En el contexto del AGCS algunos miembros, no todos, han asumido compromisos de acceso a los mercados y de trato nacional respecto a los suministradores de servicios ambientales. En principio, las excepciones ambientales del artículo XIV son aplicables en todos aquellos sectores en los que se consignaron compromisos respecto del suministro de servicios ambientales. No obstante, dado que la liberalización de los servicios ambientales se limita a aquellos servicios que permiten un mejor control de la contaminación —servicios de alcantarillado, de eliminación de desperdicios, de saneamiento, etcétera— parece poco probable que sea necesario recurrir a las excepciones del artículo XIV para proteger el medio ambiente. Para un estudio detallado del comercio de servicios ambientales véase Consejo del Comercio de Servicios – *Servicios relacionados con el medio ambiente*. OMC Doc. S/C/W/46, del 6 de julio de 1998. Para una lista ejemplificativa de los sectores que comprenden los servicios ambientales véase Ronda Uruguay – Grupo de Negociaciones sobre Servicios – *Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios* – Nota de la Secretaría. GATT Doc. MTN.GNS/W/120, del 10 de julio de 1991.

⁵⁸ *Cfr.* artículo XX del GATT.

A. La jurisprudencia del GATT como guía para interpretar la cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS

Aunque aún no se ha presentado la oportunidad para que los grupos especiales interpreten la cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS podemos decir que, llegado el momento, probablemente se guiarán por las interpretaciones que en el contexto del GATT se han realizado al artículo XX. De este modo, es posible que las excepciones generales del AGCS sean interpretadas de forma restrictiva, para evitar que su uso anule los derechos de otros miembros derivadas de otras normas substantivas del acuerdo.⁵⁹ Por otro lado, el orden metodológico de análisis para determinar la procedencia de las medidas comerciales requiera, en primer lugar, examinar si la restricción en cuestión encuentra justificación provisional en el inciso *b* y, después, si cumple con las condiciones contenidas en la cláusula introductoria.⁶⁰ Tanto en el AGCS como en el GATT la carga de probar la procedencia de una excepción corresponde al país que la invoque.⁶¹ Ahora bien, no en todos los casos es posible dar por sentado automáticamente que la interpretación de un acuerdo pueda ser transferible a otro acuerdo. A continuación nos ocuparemos de analizar aquellos aspectos particulares que se presentan al interpretar la cláusula introductoria y el inciso *b* del artículo XIV.

B. Las particularidades en la interpretación de las condiciones de la cláusula introductoria del AGCS

Las únicas diferencias textuales entre la redacción de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT y la del artículo XIV del AGCS es que mientras que el primero de estos acuerdos prohíbe la discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que prevalezcan las *mismas condiciones* y las restricciones encubiertas *al comercio internacional*, el

⁵⁹ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*, cit., nota 13, párrafo 159.

⁶⁰ Informe del órgano de apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional...*, cit., nota 9, p. 22 (versión en inglés).

⁶¹ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, OMC. Doc. WT/DS/33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, pp. 362-364.

artículo XIV del AGCS dice “en que prevalezcan *condiciones similares*, o una restricción encubierta *al comercio de servicios*”. En un capítulo anterior hemos tenido oportunidad de mencionar que existen cuatro formas distintas de suministro de servicios y, dependiendo del caso concreto, la interpretación de la referencia a “condiciones similares” puede influir en los exámenes de legalidad. Como ha observado el CCMA, la prohibición a la discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalezcan *condiciones similares* sería aplicable a todos los países que realicen el suministro de servicios transfronterizo, pero no es probable que sea pertinente cuando la producción y prestación de un servicio tengan lugar en el territorio del miembro importador.⁶² En este último caso, las condiciones a tomar en cuenta serán las que prevalezcan en el país importador, no las que prevalezcan en los países de los que son nacionales los suministradores de servicios extranjeros. En otras palabras, el examen de legalidad se limitaría a analizar si la medida es una restricción encubierta al comercio de servicios, resultando improcedente un estudio que busque determinar si las condiciones que prevalecen en los países exportadores son similares.⁶³

2. *Las medidas necesarias para proteger la vida de las personas y animales y la salud de los vegetales: artículo XIV inciso b del AGCS*

El inciso *b* del artículo XIV permite la adopción de medidas restrictivas al comercio de servicios que sean necesarias para la protección de la vida de las personas y animales y la salud de los vegetales. El contenido de esta disposición es idéntico al inciso *b* del artículo XX. El CCMA ha apuntado que esta similitud parece indicar que la interpretación del inciso *b* del artículo XIV del AGCS se verá influenciada por la jurisprudencia sobre el inciso *b* del artículo XX del GATT.⁶⁴ Ahora bien, en una ocasión el representante de la Secretaría de la OMC advirtió que no era posible dar por sentado automáticamente que la interpretación de la prueba de necesidad en un acuerdo pudiera ser transferible a otro acuerdo. No obstante, en el caso se comparaba la prueba de necesidad en materia de regulaciones nacionales con el inciso *b* del artículo XX del GATT. Más aún,

⁶² *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrafo 34.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 25.

el representante de la Secretaría pretende distinguir entre la prueba de necesidad exigida en las *excepciones* de los incisos *b* del artículo XX del GATT y XIV del AGCS, de la exigida por otras disposiciones que establecen *obligaciones* como el inciso *b* del párrafo 4 del artículo VI del AGCS.⁶⁵ Así pues, al igual que sucede en el inciso *b* del artículo XX del GATT, “la prueba de necesidad” del apartado *b* del artículo XIV requerirá para ser satisfecha que la medida aplicada sea, de las disponibles, la menos restrictiva para el comercio para alcanzar el objetivo de protección deseado.⁶⁶ Obviamente, las imprecisiones sobre el ámbito especial de validez del inciso *b* del artículo XX del GATT afectarán también al inciso *b* del artículo XIV del AGCS, es decir, las medidas que busquen proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador requerían, en otros puntos, que exista un vínculo suficiente entre la medida y el bien a proteger.⁶⁷

⁶⁵ Véase grupo de trabajo sobre la Reglamentación Nacional, *informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003*. OMC Doc. S/WPDR/M/24 22 de enero de 2004, párrafos 42 y 43. Véase también grupo de trabajo sobre la Reglamentación Nacional, *las pruebas de necesidad en la OMC*, OMC Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre de 2003, párrafos 5-7.

⁶⁶ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 23, p. 73. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos*, GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párrafo 81. Informe del órgano de apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos, 162, 166 y 163. Algunos sectores consideran que para los países en desarrollo es difícil invocar con éxito las excepciones ambientales del artículo XIV del AGCS. Particularmente complicado y oneroso ven el cumplimiento de la “prueba de necesidad” del inciso *b* por parte de estos países en necesidad constante de mantener medidas y preceptos de interés general y de crear y aplicar nuevas medidas. Véase Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo y otros, *Cómo lograr que el comercio global sea beneficioso para la gente*, Londres, Earthscan Publications Ltd., 2003, p. 262.

⁶⁷ El CCMA ha reconocido esta situación al decir: “... Sin embargo, al igual que ocurre con el artículo XX del GATT de 1994, hay dos aspectos relativos al alcance de las medidas justificadas en el apartado b) del artículo XIV —a saber, si el apartado b) del artículo XIV [...] podría justificar, sobre todo en el contexto de un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente, las medidas adoptadas para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales y para preservar los vegetales fuera de la jurisdicción del Miembro que las adopta ...”. Por otro lado, es interesante observar que durante las negociaciones del inciso *b* del artículo XIV se rechazó la sugerencia de incluir una referencia al “medio ambiente” pues se consideró que su incorporación podría ampliar el ámbito de esta disposición más allá de la jurisdicción de un miembro. *Medio Ambiente y Servicios*, OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrafos 35 y 36.

El inciso *b* del AGCS es el único párrafo del artículo XIV que aborda los intereses ambientales.⁶⁸ Esta es una diferencia respecto del artículo XX del GATT, con dos incisos, el *b* y el *g*, de potencial aplicación en materia de medidas comerciales de protección ambiental.

3. *El debate sobre el alcance material de las excepciones ambientales del AGCS*

En las negociaciones del AGCS algunos países consideraban que el inciso *b* era insuficiente para abarcar todos los elementos del medio ambiente que pueden requerir de protección. De esta manera, se propuso, al final sin éxito, que el AGCS incluyera un inciso que permitiera la adopción de restricciones comerciales para la protección de los recursos naturales agotables, de la misma forma que hace el GATT en el inciso *g* del artículo XX. Al final, la incorporación de una excepción en los términos sugeridos no prosperó por considerarse que no aportaría ninguna protección adicional a la prevista por el GATT.⁶⁹

Asimismo, ya que el artículo XIV no hace una referencia expresa al medio ambiente, el Comité del Comercio de Servicios solicitó al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la OMC un estudio para determinar si el artículo XIV permitiría a los miembros excepcionarse del resto de obligaciones del AGCS cuando resultaran necesarias restricciones comerciales a los servicios para la protección del medio ambiente.⁷⁰ A este respecto, el CCMA no dio una respuesta clara, se limitó a observar que las restricciones al comercio de servicios para proteger el medio ambiente,

⁶⁸ A diferencia del proyecto de acuerdo, el texto final del AGCS omite del artículo XIV algunas referencias al desarrollo sostenible, medio ambiente y la conservación de los recursos naturales agotables. Véase MTN.TNC/W/35/Rev. 1; también *Medio Ambiente y Servicios*, OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrafo 6.

⁶⁹ *Medio Ambiente y Servicios*, OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrafo 8.

⁷⁰ El estudio del artículo XIV se encomendó al Comité de Comercio y Medio Ambiente a pesar de que Comité del Comercio de Servicios previamente había observado que, dado que el objetivo característico de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente es la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales y la preservación de los vegetales, no era evidente la necesidad de otras disposiciones además de las que figuran en el apartado b) del artículo XIV. Véase *Decisión sobre el comercio de servicios y el medio ambiente*. OMC Doc. S/L/4, 4 de abril de 1995, adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 1o. de marzo de 1995.

en ciertos casos determinados, pueden no ser necesarias. Concretamente hizo referencia a la opinión de algunos miembros que aseguran que al ser intangibles, los servicios no son contaminantes sí mismos, de modo que las consideraciones ambientales sólo pueden intervenir cuando el suministro de servicios está asociado al comercio de mercancías. También apuntó que tales consideraciones quedan ya comprendidas en las disposiciones de la OMC relativas al comercio de mercancías.⁷¹ Adicionalmente, el CCMA enfatizó que en muchos casos los servicios se encuentran incorporados o se complementan con un bien. En tal caso, una restricción aplicada a los bienes puede ser más efectiva amparándola en el inciso *b* del artículo XX, evitando así la aplicación del inciso *b* del artículo XIV del AGCS.⁷² Por último, se dijo que las restricciones basadas en los procesos y métodos de producción de servicios, en algunos casos, no son tan controvertidas como sucede en el campo de los bienes. Esto se debe a que un importante número de servicios para ser suministrados requieren ser producidos en el territorio en el que van a ser consumidos. Así, las legislaciones nacionales sobre procesos y métodos de producción son aplicables tanto a los productores de servicios nacionales como a los proveedores extranjeros con presencia comercial o física en el territorio del país consumidor.

Para terminar resulta interesante comentar que el Comité de Comercio y Medio Ambiente ha sostenido que el artículo XIV no es la única opción que tienen a su alcance los miembros para aplicar restricciones comerciales a los servicios para proteger el medio ambiente incompatibles con otras normas del AGCS, otra posibilidad sería solicitar la renegociación de sus compromisos.⁷³

⁷¹ Véase el informe del comité de comercio y medio ambiente, OMC Doc. WT/CTE/1 del 12 de noviembre de 1996, párrafo 154.

⁷² Por ejemplo, los servicios para la instalación de distintos tipos de tecnologías con efectos ambientales negativos. Una restricción aplicada a la maquinaria importada sería más efectiva para proteger el medio ambiente que una restricción aplicada al servicio de instalación de la maquinaria. *Medio Ambiente y Servicios*, OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrafo 32.

⁷³ *Medio Ambiente y Servicios*, OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrafo 20.

III. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Los derechos de propiedad intelectual en algunos casos pueden tener efectos negativos sobre diversos objetivos de interés público, como la salud de las personas y el medio ambiente.⁷⁴ Siendo que los derechos de propiedad intelectual son necesarios para incentivar la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos y tecnologías, en el Acuerdo sobre los ADPIC se ha pretendido dar cabida a ambos intereses. La protección de la salud y de algunos elementos del medio ambiente se pretende lograr a través de Declaraciones Ministeriales, de principios de interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC y de algunas excepciones especiales.⁷⁵

1. *La exigencia de interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que se apoye la protección de la salud y el interés público*

Uno de los principios del Acuerdo sobre los ADPIC establece que los miembros en sus reglamentos pueden adoptar las medidas necesarias pa-

⁷⁴ El principal efecto negativo sobre la salud pública, como ha sido reconocido por la propia OMC, es el incremento en los precios de los medicamentos, afectando mayormente a los países más pobres. Esto se debe a que el sistema de patentes está diseñado para permitir a los titulares de las patentes fijar precios más altos que los que regirían en un mercado con libre competencia. *Declaración de los Estados Miembros de la OMC sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001, párrafos 1 y 3. Por otro lado, las cuestiones que se han abordado en los foros ambientales en relación con los derechos de propiedad intelectual son la promoción de tecnologías ambientalmente racionales; acceso a la tecnología y su transferencia; tecnologías que pueden afectar negativamente al medio ambiente; patentabilidad de los materiales genéticos y las formas de vida; y aportación de los países/comunidades de origen del material genético. Véase CCMA, *El Medio Ambiente y los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*, OMC Doc. WT/CTE/W/8, del 8 de junio de 1995, párrafo 48; véase también Hunter, D. *et al.*, "Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction", *Environment and Trade Paper Number 2*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 1994, p. 11.

⁷⁵ La protección substantiva de la propiedad intelectual se realiza básicamente incorporando por referencia algunas disposiciones de acuerdos multilaterales en la materia, estableciendo niveles de protección mínimos, compromisos de trato nacional y de la nación más favorecida, obligando a los Estados a establecer en el ámbito doméstico medios administrativos y judiciales para recurrir las infracciones y, particularmente importante, permitiendo el recurso al órgano de solución de diferencias con facultad para autorizar sanciones comerciales.

ra proteger la salud pública o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que sean compatibles con el resto de disposiciones del acuerdo.⁷⁶ Sin duda, la protección del medio ambiente es de interés público y de importancia vital para el desarrollo de la vida en todos sus ámbitos, incluidos el social y económico, de modo que una interpretación que la incluya en el principio no parece ampliar en exceso sus términos.⁷⁷ No obstante, algunos miembros, durante las negociaciones de la Declaración de Doha, opinaron que el principio descrito proporciona una menor protección para la salud pública que las excepciones del artículo XX b) del GATT y de los Acuerdos MSF y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).⁷⁸ En cualquier caso, la exigencia de que sean compatibles con el resto de normas del acuerdo limita cualquier interpretación excesivamente amplia.

En la Declaración Ministerial de Doha los miembros de la OMC también enfatizaron la importancia de que el Acuerdo sobre los ADPIC se aplique e interprete de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos, y, para tal efecto, adoptaron una Declaración aparte.⁷⁹ Para C. Correa, esta declaración reafirma los dere-

⁷⁶ Párrafo 1 del artículo 8o. del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta disposición también hace referencia a las medidas necesarias para proteger la nutrición de la población.

⁷⁷ La importancia de este principio ha sido particularmente resaltada por la Conferencia Ministerial de la OMC en el párrafo 19 de la Declaración de Doha. Pese a que el reconocimiento particular de su importancia no otorga al principio un estatus legal más elevado frente a otras disposiciones del acuerdo, para algunos autores, este reconocimiento puede guiar a los grupos especiales a interpretarlo ampliamente en el contexto del acuerdo como un todo. Gervais, D., *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 120.

⁷⁸ *Cfr.* Correa, C., *Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, Departamento de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica, Economía de la Salud y Medicamentos, Serie EDM, núm. 12, 2002, WHO/EDM/PAR/2002.3, p. 9.

⁷⁹ Declaración Ministerial de los Estados miembros de la OMC adoptada el 14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, del 20 de noviembre de 2001, párrafo 17. Véase también Abbott, F. M., "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO", *Journal of International Economic Law*, vol. 5, núm. 2, 2002, pp. 469-505. En la declaración adoptada especialmente sobre la salud pública se afirma que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide, ni deberá impedir, que los miembros adopten medidas necesarias para proteger la salud pública y,

chos de los miembros a tomar medidas “para proteger la salud pública” de una forma mucho menos elaborada que el artículo XX b) del GATT que exige la “prueba de necesidad”, desarrollado una *regla de interpretación* que, en casos de ambigüedad, deberá guiar a los grupos especiales a realizar interpretaciones que apoyen el derecho de los miembros de la OMC de proteger la salud pública.⁸⁰

En el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, los derechos de propiedad intelectual que más preocupan a los ambientalistas son esencialmente los que se relacionados con la tecnología, en particular las patentes.⁸¹ En ese sentido, el acuerdo incorpora algunas excepciones especiales para proteger el medio ambiente.

además, reafirma el derecho de los miembros de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que prevén flexibilidad a este efecto. Declaración de los Estados miembros de la OMC sobre el Acuerdo de los ADPIC y la salud pública. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001, párrafo 4. Las flexibilidades mencionadas incluyen interpretar el acuerdo a la luz de sus objetivos y principios de conformidad con las normas consuetudinarias de derecho internacional público, conceder licencias obligatorias con libertad para elegir las bases sobre las cuales serán concedidas y libertad para que los miembros, por un lado, determinen lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia y, por otro lado, para establecer su propio régimen para el agotamiento sin impugnación de los derechos de propiedad intelectual, a reserva, en este último caso, de las disposiciones sobre el trato nacional y de nación más favorecida.

⁸⁰ El autor observa que una posible interpretación de esta disposición es que, a diferencia del artículo XX b) del GATT, en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC la salud pública y otras razones enumeradas en el artículo 8.1 permiten a los miembros adoptar medidas (por ejemplo, controles de comercialización y precios), pero no derogar las obligaciones relativas a la disponibilidad o la aplicación de los derechos de la propiedad intelectual. Sin embargo, en vista del párrafo 4 de la Declaración de Doha, puede argumentarse que el artículo 8.1 no impediría la derogación de ciertas obligaciones estipuladas por el Acuerdo sobre los ADPIC si fuera necesario para atender las necesidades de la salud pública. *Cfr.* Correa, C., *op. cit.*, nota 78, pp 11 y 12. Identificando un patrón emergente de deferencia a la autoridad de los miembros al elaborar su políticas sanitarias cuando entran en conflicto con otros valores protegidos en la OMC véase Broché, M. G., “WTO Deference to National Health Policy: Toward and Interpretative Principle”, *Journal of International Economic Law*, vol. 5, núm. 4, 2002, pp. 825-848.

⁸¹ CCMA, *El Medio Ambiente y los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*, OMC Doc. WT/CTE/W/8, del 8 de junio de 1995, párrafo 47.

2. Las excepciones de patentabilidad para proteger el medio ambiente

La patentabilidad de los materiales genéticos⁸² y las formas de vida, vinculada a la biotecnología,⁸³ y con posibles efectos sobre la biodiversidad, es un aspecto muy controvertido que afecta a la relación de los DPI y el medio ambiente.⁸⁴

A. Los requisitos de patentabilidad y las patentes de materia viva

Las patentes, según dispone el artículo 27.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañan una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.⁸⁵ Tradicionalmente, las patentes se limitaban a las creaciones inanimadas como los motores, medicinas o los procesos para producir químicos. Actualmente, es posible patentar materia viviente. Los organismos vivos encontrados en su estado natural, es decir, que no han sido manipulados o modificados en modo alguno, generalmente, no son patentables. Esto se debe a que los materiales biológicos o genéticos simplemente descubiertos o cuya utilización es ya conocida no satisfacen los criterios

⁸² Los materiales genéticos son los genes que se contienen en las plantas o animales que tienen un valor real o potencial para la gente. A través del uso de las nuevas biotecnologías, los genes de una especie pueden ser transferidos a otras especies.

⁸³ El *Gran Diccionario de la Lengua Española* define el término *biotecnología* como el conjunto de técnicas que utilizan las células vivas, especialmente los microorganismos, para transformar una sustancia química en otra de interés industrial.

⁸⁴ Cfr. Melgar, M., *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005; R. V. Anuradha, "IPRs: Implication for Biodiversity and Local Indigenous People", *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 10, núm.1, 2001, pp. 27-36.

⁸⁵ Párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. Algunos autores consideran que la exigencia de que sean "nuevas" es un obstáculo para los países en desarrollo que desean proteger los conocimientos tradicionales que por definición no implican novedad. No obstante, se observa que dado que no existe una definición precisa de lo que constituye una novedad la protección de los conocimientos tradicionales no está del todo descartada. Gervais, D., *op. cit.*, nota 77, pp. 220 y 221.

de patentabilidad: que la invención sea nueva o que entrañe una actividad inventiva.⁸⁶ Sin embargo, en algunos países, particularmente los desarrollados, las patentes se admiten respecto a los organismos obtenidos artificialmente, incluidas tanto las plantas y animales⁸⁷ como los organismos modificados y líneas celulares de origen humano.⁸⁸ La ingeniería genética permite al hombre intervenir e incluso cambiar el curso natural de la materia viviente: es posible, entre otros, aislar, dividir, purificar la materia viva.⁸⁹ Los países que conceden patentes sostienen que el hallazgo de la utilidad que proporciona una modificación a la materia viviente es lo que lo convierte un descubrimiento en una *invención* susceptible de ser patentada.⁹⁰ En los países en vías de desarrollo, por otro lado, se comparte la idea de que la materia viva no debe ser patentada. Al margen de las cuestiones éticas, el principal argumento es que la materia viviente no debería ser patentable por ser una creación de la naturaleza y no una invención.⁹¹

⁸⁶ Véase el párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁸⁷ Véase la ley estadounidense 35 USC Título 35, sección 161 y también el caso *Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303; 206 USPQ 193 (1980); Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (*DOCE*, 30 de julio de 1998, núm. L 213).

⁸⁸ A título de ejemplo podemos mencionar que el 14 de marzo de 1995 la Oficina de Patentes y Marcas Registradas de Estados Unidos emitió una patente para el Instituto Nacional de Salud sobre una línea celular humana no modificada extraída de una persona indígena de Papua Nueva Guinea. U.S. Patent 5,397,696. Cinco años antes la Universidad de California obtuvo una patente sobre el aislamiento de una línea celular, obtenida del paciente John Moore, capaz de generar glóbulos blancos. U. S. Patent 4.438.032.

⁸⁹ Los países desarrollados protagonizan una carrera para controlar la información genética de los humanos y las plantas (genomas). Su enorme potencial lucrativo lleva a estos países a invertir grandes cantidades de dinero para identificar el funcionamiento de los genes y su posible utilidad en campos como la medicina o la agricultura. Véase *Gene-Watch UK*, "Privatising Knowledge, Patenting Genes: The Race to Control Genetic Information", *Briefing Number 11*, June 2000, p. 2. En este contexto el monopolio de los derechos de explotación que proveen las patentes es considerado necesario para recuperar las inversiones y promover nuevas investigaciones. Véase Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - *Acta de la reunión celebrada en el Centro William Rappard del 18 al 22 de junio de 2001*. OMC. Doc. IP/C/M/32, 23 de agosto de 2001, párrafo 142.

⁹⁰ No obstante, el grado de manipulación requerida para la concesión de patentes varía de país a país.

⁹¹ Véanse las Actas de Reunión del Consejo de los ADPIC en las que se contienen las opiniones de la India y Kenia respectivamente y que reflejan los puntos de vista de

B. *La excepción de patentabilidad
en materia de salud y medio ambiente*

En el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, en virtud del artículo 27.2, los miembros pueden establecer algunas excepciones de patentabilidad cuando la explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, por ejemplo, para proteger la salud o la vida de las personas o animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente. Esta exclusión queda condicionada a que no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.⁹² El artículo 27.2 refleja la falta de consenso entre los países del Norte y del Sur sobre la patentabilidad de la materia viva. Por un lado, los países desarrollados lograron que la protección mediante patentes de las “invenciones” de plantas y animales no sea contraria al Acuerdo sobre los ADPIC. Por otro lado, los países en desarrollo cuentan con la posibilidad de aplicar excepciones de patentabilidad en los casos ya mencionados.

D. Gervais sostiene que la interpretación de las excepciones que busquen proteger la salud o la vida de las personas o animales o para preservar los vegetales deberá tomar en cuenta las decisiones de los grupos especiales y del órgano de apelación que analizan el artículo XX (b) del GATT que utiliza los mismos términos.⁹³ Ahora bien, las dudas sobre el ámbito es-

los países menos desarrollados. OMC. Doc. IP/C/M/25, párrafo 70; IP/C/M/28, párrafo 143. También M. Khor, “Por qué las formas de vida no deberían ser patentadas”, *Revista del Sur*, núm. 110, diciembre 2000. http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=571.

⁹² Párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. La razón de esta limitación, incluida en el Acuerdo sobre los ADPIC en el último momento, era que se había expresado preocupación por la posibilidad de que, sin ella, las invenciones de algunos productos podrían excluirse de la patentabilidad alegando que la prevención de su explotación era necesaria para proteger la vida y la salud hasta que se concluyeran los procedimientos normales de prueba necesarios para determinar su eficacia y seguridad a efectos de otorgar el permiso de comercialización.

⁹³ Gervais, D., *op. cit.*, nota 77, p. 223. En cualquier caso, es importante enfatizar que las excepciones ambientales del Acuerdo sobre los ADPIC no son del todo idénticas a las del artículo XX del GATT o a las del artículo XIV del AGCS. Las excepciones ambientales del GATT y el AGCS difieren de las excepciones de patentabilidad en que las primeras son generales, mientras que en el Acuerdo sobre los ADPIC las excepciones son especiales o limitadas. Los grupos especiales han sostenido que “la expresión ‘excepciones limitadas’ ha de interpretarse en el sentido de que entraña una excepción estricta, una

pacial de validez que pesan sobre esta última disposición no se presentan en relación con las excepciones de patentabilidad. El Acuerdo sobre los ADPIC dispone que la exclusión de patentabilidad debe estar basada, no en un riesgo derivado de la invención en sí misma, sino en los posibles daños que la *explotación comercial* puede ocasionar *dentro del territorio* del miembro interesado.⁹⁴

C. La exclusión de patentabilidad de materiales genéticos y formas de vida

El Acuerdo sobre los ADPIC en el artículo 27.3 b) permite a los miembros excluir de la patentabilidad las plantas y los animales, excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales⁹⁵ que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.⁹⁶ La falta de precisión de los términos del artículo 27.3 b) ha generado una gran confusión y controversia. El problema, como apunta M. Khor, es que, por un lado, no está claro si la excepción es aplicable sólo a las plantas silvestres y animales salvajes o si es posible excluir también de patentabilidad las plantas y animales modificados genéticamente o que contienen partes (incluso microorganismos) modificados genéticamente y; por otro lado, si la obligación de patentar microorganismos cubre únicamente aquéllos que han sido modificados genéticamente o si también cubre los microorganismos naturales.⁹⁷ Más

excepción que conlleva solamente una pequeña disminución de los derechos en cuestión”. Véase el informe del grupo especial en el asunto *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*. OMC Doc. WT/DS114/R, del 17 de marzo del 2000, párrafo 7.30. Adicionalmente, a diferencia de las excepciones ambientales previstas en el GATT y AGCS, las excepciones de patentabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC hacen referencia expresa a la protección del medio ambiente en general.

⁹⁴ Cfr. el párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁹⁵ El ANEXO VIII (Definiciones referentes al CAPÍTULO IV) de la Directivas sobre Patentamiento del Instituto de Propiedad Industrial de la Argentina entiende por los “procedimientos esencialmente biológicos para la reproducción (producción) de plantas o animales” a la serie de fases que concluyen con la obtención de plantas o animales que se cumplen fundamentalmente o en grado importante por acción de fenómenos propios y existentes en la naturaleza.

⁹⁶ Véase inciso b) párrafo 3 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁹⁷ Khor, M., *El saqueo del conocimiento: propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, España, Editorial Icaria-Intermon Oxfam, 2003, p. 72.

aún, para algunos países en desarrollo tampoco es claro porqué la exclusión de patentabilidad es una opción respecto de los procesos biológicos, pero no para los procesos microbiológicos que en esencia también son biológicos.⁹⁸ Ahora bien, independientemente de que prevé la posibilidad de la exclusión de patentabilidad, el Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los miembros deben otorgar protección a las obtenciones vegetales mediante patentes, a través de una forma especial de protección efectiva, denominada “sistema eficaz *sui generis*”, o mediante una combinación de ambos.⁹⁹ De esta forma, la protección de las obtenciones vegetales (materia viva) por medio de derechos de propiedad intelectual es una obligación de los Estados miembros. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC no precisa las condiciones que un sistema *sui generis* debe cumplir para ser considerado efectivo. Al parecer un sistema que puede ser adoptado como modelo es el establecido en la Convención Interna-

M. Melgar observa que, al referirse el artículo 27.3 b) a las plantas y animales en forma genérica, “el acuerdo permite una interpretación extensiva que abarque tanto las plantas como tales, a las razas animales y las especies animales y vegetales; o bien, una interpretación más restringida, que solamente excluya las variedades de plantas y animales”. Melgar, M., *op. cit.*, nota 84, p. 177.

⁹⁸ Consejo General de la OMC - *Preparativos para la Conferencia Ministerial de 1999: Comunicación de Kenya en nombre del Grupo Africano*. OMC. Doc. WT/GC/W/302, 6 de agosto de 1999, párrafo 21. Por otro lado, la Comunidad Europea ha observado que entre los científicos difieren las opiniones acerca de lo que abarca el término *microorganismo*; pero enfatizó que existe cierto acuerdo en cuanto al núcleo de su significado: por lo general, se entiende que el término *microorganismo* se refiere a seres vivos que no son ni plantas ni animales, esto es, bacterias, hongos, virus, etcétera. En el *Concise Oxford Dictionary of Current English* (al que han recurrido grupos especiales de la OMC a efectos de interpretación) se define *microorganismo* como un organismo que no es visible a simple vista, por ejemplo una bacteria o un virus. *Cfr.* Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio – *Examen del párrafo 3 b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC y la relación del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la diversidad biológica (CBD) y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore: Opiniones de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros*. OMC Doc. IP/C/W/383 17 de octubre de 2002, párrafo 22.

⁹⁹ Un efecto de la exigencia de protección a las obtenciones vegetales es que los países más pobres tendrán que extender la protección intelectual a áreas anteriormente no comprendidas como la agricultura, al proteger variedades de plantas mejoradas a través de la inventiva científica, lo que podría incrementar el costo de los alimentos. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

cional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1961¹⁰⁰ que impone requisitos menos onerosos para obtener un certificado o derecho de obtentor, pero a la vez contiene mayores limitaciones y excepciones y, en general, los derechos conferidos se reputan menores, desde el punto de vista del titular, que aquéllos otorgados por el mecanismo de las patentes.¹⁰¹ Ahora bien, por disposición expresa del Acuerdo sobre los ADPIC, desde 1999 el Consejo del acuerdo ha examinado el artículo 27.3 b) con el fin de aclarar algunos de los aspectos ya mencionados.¹⁰²

¹⁰⁰ Convención Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, del 2 de diciembre de 1961, fue revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 (Acta de 1978) y el 19 de marzo de 1991 (Acta de 1991). Los textos pueden consultarse en www.upov.int.

¹⁰¹ Algunos autores consideran que entre las condiciones que un sistema *sui generis* debe cumplir para ser conforme con el Acuerdo sobre los ADPIC se encuentran: permitir excluir a terceros del uso del material protegido o al menos conceder una remuneración por ciertos usos del mismo, cumplir con los principios de trato nacional y de nación más favorecida, y establecer procedimientos de observancia de los derechos. Leskien, D. y Flitner, M., "Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a *Sui Generis* System", *Issues in Genetic Resources*, núm. 6, June 1997, pp. 26-32. Otros autores observan que la eficacia del sistema *sui generis* podría adoptar como criterio de valoración si la protección de las obtenciones vegetales es adecuada. Dhar, B., *Sui Generis System for Plant Variety Protection: Options under TRIPS*, Geneva, Commissioned by the Quaker United Nations Office, 2002, párrafo 2.1.1. Costa Rica considera que sería beneficioso que los sistemas *sui generis* regularan la protección de las variedades tradicionales; que se establecieran mecanismos de distribución de beneficios por el uso del material genético, por ejemplo a través de fondos u otros esquemas; que se contemplaran instrumentos como el certificado de origen y se modificaran los requisitos y derechos otorgados a los titulares de las variedades y, por ende, las acciones que requieran de su autorización. Medaglia, J. C., *La reciente propuesta costarricense de sistema sui generis para la protección de los derechos del fitomejorador a la luz de la OMC y las negociaciones del CAFTA* —borrador para discusión—, diciembre de 2003, http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/SuiGeneris_CabreraDec03.pdf.

¹⁰² El artículo 27.3 b) del Acuerdo sobre los ADPIC expresamente establece que "las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC". Dos años más tarde, en noviembre de 2001, el párrafo 19 de la Declaración de Doha amplió el ámbito del debate que actualmente incluye examinar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore y algunos otros aspectos relacionados con el artículo 27.1. La Declaración de Doha también dispone que el examen encomendado al Consejo del ADPIC deberá regirse por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7o. y 8o. del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo.

3. *El examen del artículo 27.3 b) por el Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC*

Los resultados hasta ahora alcanzados no pasan de haber logrado la estructuración y orientación de los documentos aportados por los miembros en los que expresan sus posturas y realizan observaciones sobre esta cuestión.¹⁰³ El Consejo sostiene que se requiere más tiempo y estudio para encontrar una solución satisfactoria a los problemas planteados.¹⁰⁴ Dado el estado del examen del párrafo 3 b) del artículo 27, la fecha límite para la aplicación por los países en desarrollo de sus obligaciones en materia de patentes del Acuerdo sobre los ADPIC, originalmente fijada para el mes de enero del año 2000, fue ampliada hasta el 1o. de enero de 2016.¹⁰⁵

Por último, es importante mencionar que, además de las cuestiones expuestas, los miembros han manifestado preocupación de que el Acuerdo sobre los ADPIC pueda ser un obstáculo para lograr los objetivos del Convenio sobre la diversidad biológica (CDB).¹⁰⁶ Entre los aspectos que generan más controversia es que el Acuerdo sobre los ADPIC puede implicar, entre otros puntos: conversión de derechos públicos en derechos privados; el reconocimiento de patentes y otros derechos de propiedad

¹⁰³ Véase particularmente Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - *Examen de las disposiciones del párrafo 3 b) del artículo 27: Resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas*, OMC. Doc. IP/C/W/369, del 8 de agosto de 2002.

¹⁰⁴ Para una recapitulación de las observaciones y propuestas de los Estados miembros véase Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - *La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la diversidad biológica (CDB): Lista recapitulativa de cuestiones*. OMC Doc. IP/C/W/420 y IP/C/W/420/Add.1, de fecha 2 y 5 de marzo de 2004 respectivamente.

¹⁰⁵ *Declaración de los Estados miembros de la OMC sobre el Acuerdo de los ADPIC y la salud pública*. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2.

¹⁰⁶ El objetivo de la Convenio sobre la Diversidad Biológica, además de proponerse favorecer la conservación de la diversidad biológica, incluye entre sus objetivos el uso sostenible de sus componentes, el reparto justo y equitativo de los beneficios producidos por el uso de los recursos genéticos, favorecer el acceso a los recursos genéticos, así como la transferencia de tecnologías. El uso sostenible de la biodiversidad se realiza a través de un sistema de permisos de acceso a los recursos, medidas de evaluación de impacto ambiental, de procedimientos de consentimiento fundamentado previo en el que participan, además de los gobiernos, algunas comunidades tradicionales y de disposiciones encaminadas a lograr un reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos.

intelectual que utilizan recursos genéticos y conocimientos tradicionales o indígenas sin consentimiento fundamentado previo y sin reparto justo y equitativo de los beneficios; tendencia a promover el monocultivo; incremento en el uso de los recursos modificados genéticamente.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Vivas, D., *Issues Linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates*, Center for International Environmental Law, 6th of July 2002, p. 1, www.ciel.org.