

CAPÍTULO X. La función del derecho internacional en el OSD de la OMC	297
I. La solución de diferencias en la OMC	298
1. La vis atractiva del OSD de la OMC	298
2. El debate sobre el carácter de “régimen autónomo” de la OMC	301
II. El derecho aplicable por el OSD de la OMC	306
1. La tesis de los “acuerdos abarcados” como límites de la competencia substantiva y del derecho aplicable del OSD de la OMC	306
2. La tesis del derecho internacional como posible derecho aplicable por el OSD de la OMC	309
III. El derecho internacional en la interpretación de los “acuerdos abarcados”.	324
1. La interpretación teleológica de los “acuerdos abarcados”	325
2. El principio de integración sistémica aplicado a las normas de la OMC	329

CUARTA PARTE

EL REFORZAMIENTO MUTUO DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

Lograr el apoyo mutuo entre los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) y el régimen del comercio internacional es una condición indispensable para alcanzar el objetivo del *desarrollo sostenible*.¹ El problema es que, como hemos podido ver en capítulos anteriores, algunos AMUMA y el régimen del comercio internacional regulan y perciben las medidas comerciales de forma distinta y, hasta cierto punto, contradictoria, lo que puede dar lugar a conflictos normativos y jurisdiccionales en contra del objetivo del desarrollo sostenible.

Ahora bien, pese a la igualdad jurídica que existe en el plano internacional entre los acuerdos comerciales y los AMUMA y sus mecanismos de solución de diferencias, las diferencias institucionales parecen favorecer una mayor influencia del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que probablemente atraerá a su jurisdicción las controversias que tengan relación con estos ámbitos normativos. De este modo, lograr el apoyo mutuo entre los AMUMA y las normas de la OMC depende, en gran medida, de la forma en la que el OSD interprete los acuerdos comerciales en una eventual diferencia entre estos campos. Hasta ahora, los exámenes de legalidad aplicados por el OSD a las medidas comerciales que buscan proteger el medio ambiente no reflejan voluntad por distinguir las preocupaciones ambientales auténticas de aquellas que son adoptadas con fines proteccionistas. Es posible, por lo tanto, que la adopción de medidas comerciales en el contexto de un AMUMA, cuya motivación no es proteccionista,

¹ Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 29.

se consideren contrarias a algunas normas de la OMC.² Esta situación produce un desequilibrio entre los intereses comerciales del régimen del comercio internacional y los objetivos ambientales protegidos por los AMUMA que precisa ser corregido para favorecer el logro del objetivo del *desarrollo sostenible*.

Esta cuarta y última parte del trabajo de investigación analiza la forma en la que las interacciones entre los AMUMA y las normas de la OMC pueden ser abordadas por el OSD para favorecer el reforzamiento mutuo entre estos campos. Un primer punto de partida es analizar qué papel podrían tener en el OSD de la OMC otras normas de Derecho internacional como los AMUMA en el momento de examinar la legalidad de una medida comercial adoptada en el contexto del acuerdo ambiental (capítulo X). De este examen se desprende que, al parecer, la mejor vía, al menos a corto plazo, para favorecer el apoyo mutuo entre éstos ámbitos normativos es realizar una interpretación teleológica de los acuerdos comerciales. Es decir, una interpretación sostenible de las normas de la OMC que, por un lado, favorezca a los intereses comerciales prohibiendo las medidas proteccionistas y, por otro lado, beneficie al medio ambiente evitando que los acuerdos comerciales puedan ser un obstáculo para las medidas no proteccionistas adoptadas en el contexto de un AMUMA. El desarrollo sostenible es uno de los objetivos de la OMC y, por lo tanto, como ha reconocido el propio órgano de apelación, debe impregnar la interpretación de todos los acuerdos comerciales (capítulo XI). Por último, la adopción de medidas a través de la negociación también es una opción que permitiría para corregir el desequilibrio entre las políticas comerciales y ambientales de conformidad con el desarrollo sostenible, sin embargo, hay que decir que ésta no parece ser una alternativa si lo que se pretende es lograr resultados a corto plazo (capítulo XII).

² Chang, H., "An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment", *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, núm. 6, julio de 1995, p. 2209.

CAPÍTULO X

LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL OSD DE LA OMC

Las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) son algunas veces aplicables a los mismos hechos como hemos podido comprobar en capítulos anteriores. Por lo tanto, al menos en principio, existe la posibilidad de que se produzca una competencia de jurisdicciones entre los mecanismos de solución de diferencias de los AMUMA y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC.¹ No obstante, algunas características del OSD de la OMC —particularmente su competencia obligatoria— parecen indicar que atraerá a su jurisdicción las controversias que impliquen a dos miembros de la OMC que sean a su vez partes en un AMUMA. Obviamente, el OSD tendrá competencia exclusiva en aquellas controversias en las que una de las partes no esté vinculada al AMUMA. Ahora bien, pese a que el órgano de apelación sostiene que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) no debe leerse aislándolo clínicamente del derecho internacional público, no está claro hasta qué punto los AMUMA pueden influir en las diferencias sometidas al OSD de la OMC.²

Este capítulo está dedicado a analizar el grado de apertura del OSD respecto a otras normas de derecho internacional, como los AMUMA.

¹ Marceau, G. “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction, The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 6, 2001, pp. 1081-1131.

² Informe del órgano de apelación asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 17. El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra, Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583.

Para tal efecto, en la primera parte, se examinan aquellos aspectos institucionales y normativos de la solución de diferencias en la OMC que indican que probablemente atraerá a su jurisdicción las controversias que impliquen a los AMUMA y a las normas de la OMC. También son analizadas la posible autonomía del régimen de la OMC y sus consecuencias. En la segunda parte nos ocupamos de examinar la disposiciones que regulan el derecho aplicable por el OSD de la OMC y los límites que impone su jurisdicción sustantiva, en especial analizamos las posturas de aquellos autores que apoyan o niegan la posibilidad de que el derecho internacional puede ser considerado parte del derecho aplicable. El capítulo concluye con una tercera parte en la que se estudia el papel del derecho internacional en la interpretación de las normas de la OMC.

I. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC

1. *La vis atractiva del OSD de la OMC*

No existe ningún órgano judicial internacional con competencia obligatoria y general para resolver todas las diferencias que versen sobre la violación del derecho internacional.³ Sin embargo, existen un gran número de instancias judiciales y cuasi-judiciales con competencias en sectores específicos del derecho internacional.⁴ Puede suceder incluso que los Estados tengan a su disposición dos instancias igualmente competentes para resolver una misma controversia —fenómeno conocido como *forum shopping*—. ⁵

³ La Corte Internacional de Justicia no puede, por ejemplo, ejercitar su jurisdicción con relación a un Estado si no es con el consentimiento de éste. Véase el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴ Por ejemplo, existe el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I), el OSD de la OMC, etcétera. Los posibles efectos en la unidad del derecho internacional por la proliferación de tribunales internacionales ha generado cierta inquietud entre diversos sectores académicos. Véase Varios Autores, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 679-970. Véase también Charney, J. I., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals", *Recueil des Cours*, vol. 271, 1988, pp. 101-382.

⁵ Esto sucede en los casos en que un mismo hecho está regulado por dos acuerdos independientes cuyo cumplimiento es exigible en dos instancias de solución de diferencias distintas. C. P. R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The

Este puede ser el caso de las diferencias que surjan por la aplicación de medidas comerciales en el marco de un AMUMA, ya que los Estados tienen la opción de acudir al OSD de la OMC o bien, si existe, al del AMUMA.⁶ En opinión del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) este tipo de controversias deberían someterse a los mecanismos de diferencias de los AMUMA.⁷ No obstante, hay razones para pensar que en la práctica los Estados preferirán acudir ante el OSD de la OMC.

Los miembros de la OMC han consentido *ex ante* la competencia del OSD para conocer de las diferencias relacionadas a los acuerdos comerciales y se han comprometido a acudir a él siempre que busquen reparación en caso de incumplimiento de los acuerdos mencionados o de la anulación de los beneficios de éstos derivados.⁸ Así, cada vez que los acuerdos comerciales se puedan ver afectados —aunque sea por una política ambiental— los miembros de la OMC podrán iniciar un procedimiento ante el OSD.⁹ En una situación distinta se encuentran los Estados que quieren hacer cumplir una norma de derecho internacional del medio ambiente.¹⁰ La naturaleza de las obligaciones derivadas de un tratado interna-

Pieces of the Puzzle”, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, p. 727; véase también Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2003; J. Pauwelyn, “Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 13, verano 2004, pp. 231-304.

⁶ Marceau, G., “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction...”, *cit.*, nota 1, p. 1082; Yoon, J. I., “The World Trade Organization: Environmental Police?”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, primavera 2001, p. 219.

⁷ Véase el Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente a la Conferencia Ministerial de Singapur, OMC Doc. WT/CTE/1, párrafo 178.

⁸ Véase artículos 1, 2, y 23.1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), cuyo texto está reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay...*, *cit.*, nota 2, pp. 420-450.

⁹ Esto es relevante ya que, como hemos mencionado en capítulos anteriores, la influencia normativa de los acuerdos de la OMC alcanza prácticamente cualquier reglamento que pueda tener un efecto en el comercio. Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, p. 20.

¹⁰ El derecho internacional del medio ambiente no cuenta con una institución como la OMC que coordine, vigile e implemente los más de mil tratados que, de forma descentralizada y con variaciones en el número de partes, directa o indirectamente, regulan el medio ambiente. Paolillo, F., “Fuentes y evolución del derecho internacional del medio

cional del medio ambiente hace que en la solución de diferencias se adopte una posición menos contenciosa que en la OMC.¹¹ Por lo general, invitará a las consultas, negociación, seguidas de arbitraje y, sólo si las partes están de acuerdo, las diferencias serán sometidas a un tribunal internacional.¹²

En suma, la competencia obligatoria y exclusiva del OSD para conocer de las diferencias de los acuerdos de la OMC le concede, en palabras de P. Zapatero, una *ventaja comparativa institucional* frente a las instancias judiciales de los AMUMA –ahí en donde existan- que atraerá a su jurisdicción todas las diferencias que puedan afectar algún aspecto regulado por las normas de la OMC.¹³ Una cuestión a resolver, por lo tanto, es determinar qué papel dará el OSD a otras normas de derecho internacional, como los AMUMA, en las diferencias que resuelva. Es aquí en donde para algunos autores radica la importancia de determinar si la OMC es “un régimen autónomo”, noción asociada con la posibilidad de

ambiente”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de derecho internacional*, vol. II, 1998, p. 362; Sánchez de Munián, L., *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra, Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 31.

¹¹ Siendo que es preferible evitar el daño ambiental antes que dejar surgir las diferencias, en el derecho internacional del medio ambiente la solución de controversias por medios contenciosos tiene un carácter residual, siendo preferidos los mecanismos que buscan evitar las que surjan las diferencias, entre los que destacan particularmente los llamados “mecanismos de incumplimiento”. Rodrigo, A., “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, pp. 155-244; Fitzmaurice, M. A., “International Protection of the Environment”, *Recueil des cours*, vol. 293, 2001, p. 336; Loibl, G., “Dispute Avoidance and Dispute Settlement in Environmental Law: Some Reflections on Recent Developments”, *Curso de derecho internacional*, vol. XXIV, pp. 1-126; Wolfrum, R., “Means of Ensuring Compliance With and Enforcement of International Environmental Law”, *Recueil des cours*, vol. 272, (1998), pp. 13-154; Chinkin, C., “Alternative Dispute Resolution under International Law”, en Evans, M. (ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford, Hart Publishing, 1996, pp. 124 -128.

¹² Para una análisis de los conflictos en el derecho internacional del medio ambiente véase Rüdiger, W. y Matz, N., *Conflicts in International Environmental Law*, Berlín-Londres, primavera, 2003. Véase también Brown Weiss, E. y Jackson, J., “Framework for Environment and Trade”, en Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, pp. 11-13 y 20-21.

¹³ Zapatero, P., *Derecho del comercio global*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 470 y 471.

considerar otras normas de derecho internacional dentro de un régimen especializado.¹⁴

2. *El debate sobre el carácter de “régimen autónomo” de la OMC*

Las obligaciones de los Estados derivan de los tratados internacionales de los que son parte y del derecho internacional general.¹⁵ Los tratados obligan sólo a los Estados que los aceptan y son parte de lo que la doctrina clasifica como derecho internacional particular; mientras que el derecho internacional general, compuesto de normas consuetudinarias y principios generales del derecho, es vinculante para todos los Estados.¹⁶ No existe jerarquía entre los tratados internacionales y las normas de derecho internacional consuetudinario, salvo la posible excepción *ius cogens*;¹⁷ por el contrario, ambos tipos de normas tienen la misma fuerza

¹⁴ Simma, B. y Pulkowski, D., “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, junio 2006, pp. 483-529; Simma, B., “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, pp. 111-136; Zapatero, P., “Sistemas jurídicos especiales”, *Revista española de derecho internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 187-207. Este concepto fue utilizado por primera vez por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con la expresión en inglés *self-contained regime* o en francés *régime se suffisant à lui-même*. No existe una traducción única de estos términos al castellano y las referencias a los regímenes autónomos, regímenes auto-contenidos, regímenes independientes, se utilizan indistintamente por la doctrina al hablar de la misma figura.

¹⁵ Artículos 34 y 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980 (*BOE*, 13 de junio de 1980, núm. 142).

¹⁶ *Idem*. La distinción entre derecho internacional general —vinculante para todos los Estados de la comunidad internacional— y el derecho internacional particular —vinculante sólo para algunos Estados— tiene su origen en el artículo 30, 1, a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que distingue entre tratados generales y particulares. No obstante, para O. Casanovas y la Rosa, ya que se pueden establecer relaciones muy diversas a través de los tratados esta distinción peca de ser simplista. Sugiere como base conceptual para el análisis del derecho internacional particular incorporar de la teoría de las relaciones internacionales la noción de regímenes internacionales, entendiéndose por éstos los acuerdos internacionales que aspiran a regular las acciones Estatales en un ámbito concreto. Casanovas, O., “Unidad y pluralismo en derecho internacional público”, *Cursos euromediterráneos bancaja de derecho internacional*, vol. II, 1998, p. 94.

¹⁷ Son normas imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional que no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser mo-

vinculante.¹⁸ Los Estados pueden, por lo tanto, celebrar un tratado desviándose o substituyendo (*contract out*) una norma de derecho internacional general o convencional.¹⁹ Existen, no obstante, al menos dos limitaciones: no pueden sustituir una norma imperativa (*ius cogens*) salvo con otra norma igualmente imperativa y no pueden afectar los derechos de terceros Estados sin su consentimiento.²⁰ En cualquier caso, es preciso que pueda demostrarse que la desviación o sustitución ha sido la intención de las naciones negociadoras pues, aunque es excesivo considerar que se requiere una declaración expresa en ese sentido, existe una presunción en contra de la derogación del derecho internacional.²¹

En los últimos años, sectores de la doctrina se han cuestionado hasta qué punto la libertad de los Estados para desviarse o sustituir ciertas normas del derecho internacional puede llevar a su fragmentación.²² En otras palabras, se cuestiona si es posible crear subsistemas totalmente impermeables a las normas del sistema general del derecho internacio-

dificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Véase *Ibidem*, artículo 53. También Levan, A., "Legal Nature of Ius Cogens in Contemporary International Law", *Academie de Droit International Collected Courses*, 1981, vol. III, pp. 227-269; Weiler, H. y Paulus, A., "The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 8, núm. 4, 1997, pp. 545-566.

¹⁸ Akehurst, M., "The Hierarchy of Sources of International Law", *The British Yearbook of International Law* 1974-75, p. 273.

¹⁹ E. Vranes, por ejemplo, sostiene que Merkl y Kelsen estaban en lo correcto al considerar que la autorización para derogar normas existentes de derecho internacional debe estar positivamente estipulada. No obstante, observa que actualmente esta autorización se encuentra implícita en la autorización de crear derecho, resultando inherente al principio fundamental de soberanía de los Estados. Vranes, E., "Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln", *Heidelberg journal of international law*, vol. 65, 2005, pp. 391-405.

²⁰ Cfr. artículos 41 y 53 de la CVDT (*BOE*, 13 de junio de 1980, núm. 142).

²¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56o. período de sesiones (3 de mayo al 4 de junio y 5 de julio al 6 de agosto de 2004), Asamblea General Documentos Oficiales 60o. período de sesiones Suplemento núm. 10 (A/59/10), Capítulo X *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (En lo sucesivo Informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional* AG Doc. N° 10 A/59/10), párrafo 328.

²² Simma, B., "Self-Contained Regimes...", *cit.*, nota 14, pp. 111-136; Varios Autores, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 679-970; informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional*, AG Doc. N° 10 A/59/10.

nal.²³ La noción de los “regímenes autónomos” suele ser utilizada como base conceptual en este debate sobre la unidad del derecho internacional.²⁴ Este concepto, y el debate que le rodea, ha incidido en la apreciación de la relación entre la OMC y los AMUMA, ya que algunos autores interpretan que la OMC es un régimen autónomo, lo que les lleva equivocadamente a concluir que en este contexto está excluida la posibilidad de considerar otras normas de derecho internacional.²⁵

La expresión “regímenes autónomos” ha sido utilizada por la doctrina y la jurisprudencia internacional en tres sentidos distintos: *a*) en el contexto de dos disposiciones parte de un tratado que regulan la misma materia con diferentes grados de especificidad;²⁶ *b*) otorgando primacía a las normas secundarias²⁷ establecidas específicamente sobre las normas

²³ En palabras de O. Casanovas y la Rosa “la cuestión es si dichos regímenes internacionales constituyen ordenamientos jurídicos diferenciados y autónomos respecto del derecho internacional general o bien son subsistemas normativos que se desarrollan en el marco general del ordenamiento jurídico internacional”. Casanovas, O., “Unidad y pluralismo ...”, *cit.*, nota 16, p. 103.

²⁴ Véase, por ejemplo, el volumen XXV (1994) de la publicación *Netherlands Yearbook of International Law* en donde se agrupan las investigaciones de diversos autores sobre los efectos de los regímenes autónomos en la unidad del derecho internacional.

²⁵ Trachtman, J., “The Domain of the WTO Dispute Resolution”, *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 2, primavera 1999, p. 342.

²⁶ La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto del *Vapor “Wimbledon”* (1923) sostuvo que las disposiciones del Tratado Paz de Versalles relativas al canal de Kiel, que es una vía navegable interior alemana, tenía el atributo de ser *self-contained* (en inglés) o *se suffisent donc à elles-mêmes* (en francés), ya que no era necesario suplementarlas o interpretarlas con la ayuda de otras disposiciones en el mismo tratado que regulaban a las vías navegables interiores de Alemania de forma general. Para la CPJI si se aplicaran las normas generales sobre vías navegables interiores al canal de Kiel las disposiciones específicas dedicadas a éste en el tratado de Versalles perderían su *raison de être*. Véase P.C.I.J., *S.S. Wimbledon*, Series A (1923), núm. 1, p. 24.

²⁷ La división de los ordenamientos jurídicos en normas primarias y normas secundarias se debe al jurista inglés H. L. A. Hart. Las normas primarias establecen obligaciones de hacer o no hacer y las normas secundarias regulan a las normas primarias a través de normas de reconocimiento, normas de cambio y normas de adjudicación. Las normas secundarias de reconocimiento aportan los parámetros para identificar que una norma pertenece al sistema; las normas de cambio establecen los procedimientos por los que las normas primarias pueden ser modificadas, sustituidas o eliminadas, y; por último, las normas de adjudicación sirven para identificar cuándo una norma ha sido violada y el procedimiento que se debe seguir en consecuencia. *Cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Calderon Press, 1961. Véase también Wellens, K. C., “Diversity in Secondary Rules and the Unity of International

de derecho internacional general sobre la responsabilidad internacional para el caso de incumplimiento de las normas de una rama especial del derecho,²⁸ y c) para referirse a una rama del derecho internacional dotada de ciertos principios, objetivos e instituciones específicas.²⁹

Para la Comisión de Derecho Internacional (CDI) los regímenes autónomos son una subespecie de *lex specialis* que se aplica con preferencia a otra norma general, ya que refleja de forma más clara la intención de los Estados.³⁰ En su opinión, el derecho internacional general permanece subyacente tras los regímenes especiales. Incluso, afirma que si una norma de derecho especial se apartaba del derecho general éste no queda por ello excluido, sino que continua teniendo efecto “en un segundo plano”, aportando la base normativa del subsistema, llenado sus vacíos legales y aplicándose cuando las normas especiales no funcionen como es debido.³¹ Así, ningún régimen autónomo puede considerarse hermética-

Law: Some Reflections on Current Trends”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, pp. 3-37.

²⁸ La Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Personal Diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* calificó el derecho diplomático de *self-contained regime* (en inglés) y de *régime se suffisant à lui-même* (en francés), por prever consecuencias específicas para la violación de sus normas sustantivas. En otras palabras, las normas de derecho internacional general sobre responsabilidad no tendrían primacía sobre las disposiciones expresamente establecidas en el derecho diplomático para el caso de incumplimiento de sus disposiciones. *C.I.J. Recueil 1980*, p. 40, párrafo 86.

²⁹ La CDI ha concluido que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión “régimen autónomo” refiriéndose a algunas “esferas completas” de especialización funcional u orientación teleológica en el sentido de estimar que se aplicaban normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, una rama especial del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teleología, tal como la “normativa de los derechos humanos”, el “derecho de la OMC”, etcétera). Informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional* AG Doc. N° 10 A/59/10, párrafo 316.

³⁰ Es importante decir que el carácter especial de una norma no le concede primacía frente a otras normas generales ni las deroga de forma automática. Por un lado, la norma general podrá seguir siendo aplicable si la norma especial no deroga la general, sino que únicamente la desarrolla. Por otro lado, es posible que la *lex general* sea posterior a la especial, y ya que no existe una jerarquía entre los principios *lex especial deroga general* y el principio *lex posterior deroga a priori*, no es posible afirmar que en todos los casos la norma especial anterior prevalecerá sobre la norma general posterior. Véase *Ibidem.*, párrafos 307, 313 y 327.

³¹ Determinar que el sistema no ha sido operativo o efectivo es algo que, en opinión de la CDI, competará determinar a los Estados obligados por el régimen autónomo en cuestión. *Ibidem.*, párrafo 311.

mente cerrado frente a otras normas de derecho internacional.³² El propio órgano de apelación reconoce que el derecho internacional tiene un papel que desempeñar en las diferencias comerciales al decir que: “el GATT no debe leerse aislándolo clínicamente del derecho internacional público”.³³ Por lo tanto, determinar el papel del derecho internacional en las diferencias resueltas en la OMC no depende de responder si es o no un régimen especial, sino de delimitar la jurisdicción substantiva de su OSD y los límites de su derecho aplicable.³⁴ Para algunos autores el límite en ambos casos son los “acuerdos abarcados”.

³² Por esta razón, consideramos que la expresión “régimen autónomo” se presta a la confusión y porta un mensaje equivocado y convendría sustituirla por la expresión “régimen especial”.

³³ Informe del órgano de apelación asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina...*, *cit.*, nota 2, p. 17. Por su parte, el artículo 3.2 del ESD ordena aplicar las normas consuetudinarias de derecho internacional sobre la interpretación de los tratados cuando sea necesario aclarar términos de los acuerdos abarcados.

³⁴ Como hemos explicado antes, si se interpreta el concepto “régimen autónomo” como un sistema totalmente independiente del derecho internacional, podemos decir que la OMC no lo es. Véase P. Kuyper, “The Law of the GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, Further Refinement or Self Contained Regime of International Law?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, p. 257. Lindroos, A., y Mehling, M., “Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes” in International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, vol. 16, noviembre 2005, pp. 876-877. En esta línea J. Jackson ha dicho que la OMC no es un régimen herméticamente cerrado ya que, como demuestra la jurisprudencia del GATT/OMC, siempre ha incorporado conceptos del derecho internacional que constituyen el paraguas motivador del trabajo del OSD. Jackson, J., *Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization*”, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, p. 829. Por otro lado, si se interpreta el concepto “régimen autónomo” como un sistema dotado de normas especiales que habrán de ser aplicadas con preferencia al derecho internacional sin excluir la posibilidad de que este último sea aplicado en aquellos aspectos en que el régimen autónomo no sea efectivo o no haya regulado una cuestión, entonces podemos decir que la OMC si tiene la calidad de régimen autónomo. Véase el informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional* AG Doc. N° 10 A/59/10, párrafo 316.

II. EL DERECHO APLICABLE POR EL OSD DE LA OMC

1. *La tesis de los “acuerdos abarcados” como límites de la competencia substantiva y del derecho aplicable del OSD de la OMC*

Existe una diferencia entre la competencia substantiva de un órgano judicial y el derecho aplicable. La primera define las materias sobre las que el órgano judicial puede resolver y el segundo delimita las normas que puede aplicar para dar fundamento a su decisión.³⁵ En la OMC la competencia substantiva del OSD se encuentra limitada a los acuerdos enumerados en su Apéndice 1 (denominados “acuerdos abarcados”).³⁶ El artículo 7.1 del *Entendimiento que rige la solución de diferencias* (ESD) establece que el mandato de los grupos especiales consistirá en examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.³⁷ Así, únicamente una vulneración de los “acuerdos abarcados” o la

³⁵ Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) hace una clara distinción entre la competencia substantiva de la Corte —todos los litigios que le sometan las partes (artículo 36)— y el derecho aplicable —las formas de derecho mencionadas en el artículo 38—.

³⁶ Artículo 1.1 del ESD de la OMC. Entre los acuerdos del Apéndice 1 se encuentran el Acuerdo por el que se establece la OMC; el GATT, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Por otro lado, el artículo 1.2 dispone que las normas y procedimientos del ESD se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen, entre otros, los Acuerdos sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).

³⁷ El artículo 23 del ESD establece que para resolver cualquier diferencia relacionada con el incumplimiento, anulación o menoscabo de las ventajas de los acuerdos abarcados los miembros recurrirán al OSD de la OMC. Así, el OSD no sólo tiene jurisdicción sobre los “acuerdos abarcados”, sino que, además, tiene jurisdicción exclusiva para resolver las diferencias relacionadas a estos acuerdos Steger, D. P., “The Jurisdiction of the World Trade Organization”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 31 de marzo-3 de abril, 2004, p. 142.

posible anulación de sus ventajas³⁸ pueden ser la base legal para iniciar un procedimiento ante el OSD de la OMC.³⁹ Ahora bien, en algunos casos los acuerdos comerciales incorporan o hacen referencia a ciertas disposiciones del derecho internacional. Si otras normas de derecho internacional están incorporadas a los acuerdos abarcados quedan comprendidos dentro de la jurisdicción material del OSD.⁴⁰ Las normas de derecho internacional a las que hacen referencia las normas de la OMC, aunque no puedan hacerse cumplir como normas OMC por no estar incorporadas, pueden servir para definir o delimitar una obligación comercial.⁴¹

³⁸ El ESD de la OMC permite iniciar un procedimiento incluso sin que se alegue la violación de un acuerdo abarcado. *Cfr.* Artículos 3.1, 3.3 y 26 del ESD y el artículo XXIII del GATT. Sobre este tipo de procedimientos véase Hsu, L., “Non-violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 2, 2005, pp. 205-237; véase también Petersmann, E. U., “Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law”, *German Year Book of International Law*, vol. 34, 1991, pp. 175-229.

³⁹ Esto ha sido confirmado por el órgano de apelación en el asunto *CE – Productos avícolas* en donde Brasil, además de las violaciones a ciertas disposiciones del GATT, alegaba que las comunidades europeas habían violado el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas. Pese a que dicho acuerdo fue adoptado a raíz de una diferencia surgida en el contexto del GATT de 1947 y con autorización de las Partes contratantes como ajuste compensatorio en el marco del párrafo 2 del artículo XXVIII de este último acuerdo, el órgano de apelación dijo que el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas no era relevante en la diferencia por no ser un “acuerdo abarcado”. No obstante, el órgano de apelación sostuvo que el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas (el acuerdo bilateral) en el caso concreto podía utilizarse como medio complementario de interpretación de la Lista LXXX con arreglo a lo establecido en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto es parte de los antecedentes históricos de las concesiones de las comunidades europeas. *Cfr.* el informe del órgano de apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*. OMC Doc. WT/DS69/AB/R, 13 de julio de 1998, párrafos 79 y 83.

⁴⁰ Por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC, en sus artículos 2o., 3o., 9o., 10, 16 y 19, incorpora una serie de obligaciones establecidas en acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual. El acuerdo puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay...*, *cit.*, nota 2, pp. 381-419.

⁴¹ Por ejemplo, en una exención concedida a la Comunidad Europea se hizo referencia al Convenio Lomé, el órgano de apelación entonces dijo: “Señalamos que, dado que las PARTES CONTRATANTES del GATT han incluido en la exención relativa al Convenio de Lomé una referencia a dicho Convenio, la interpretación del Convenio de Lomé se ha convertido, al menos en esa medida, en una cuestión del GATT/OMC. Por consiguiente, no nos queda otra opción que examinar las disposiciones del Convenio de Lomé en la medida necesaria para interpretar la exención”. Informe del órgano de apelación

Algunos autores sostienen que el artículo 7.1 del ESD, al ordenar examinar la diferencia a la luz de las disposiciones de los acuerdos abarcados que hayan sido invocadas por las partes, no sólo deja fuera al derecho internacional de la competencia sustantiva del OSD, sino también de su derecho aplicable. Esta conclusión parece verse reforzada por otras disposiciones del ESD en donde se establece que: los miembros reconocen que el OSD sirve para preservar sus derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados; las resoluciones del OSD no pueden aumentar o disminuir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados; las resoluciones del OSD tendrán por objeto solucionar la diferencia de conformidad con los derechos y obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados.⁴² En opinión de J. Trachtman resultaría extraño que, habiendo tantas referencias a los acuerdos abarcados como derecho aplicable en el OSD de la OMC, los miembros buscaran que otras normas no-OMC fueran también derecho aplicable.⁴³ En la misma línea P. Zapatero sostiene que los artículos anteriores delimitan el derecho aplicable en la OMC y dificultan la incorporación de otras normas no-OMC.⁴⁴ G. Marceau afirma que tanto el derecho aplicable como la jurisdicción del OSD están definidas con referencia a los acuerdos abarcados, algo que puede ser interpretado como el establecimiento de un sistema con derecho aplicable específico; es decir, como una forma de *lex specialis* que debe ser aplicada frente a otras normas del derecho internacional.⁴⁵

Otros autores, por su parte, consideran que es incorrecto decir que el derecho internacional no puede ser considerado derecho aplicable por el OSD de la OMC.

asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, OMC Doc. WT/DS27/AB/R, de 9 de septiembre de 1997, párrafo 167.

⁴² Véanse los artículos 3.2, 3.4 y 3.5 del ESD.

⁴³ Trachtman, J., "The Domain of the WTO Dispute Resolution...", *cit.*, nota 25, p. 342.

⁴⁴ Zapatero, P., *Derecho del comercio global ...*, *cit.*, nota 14, p.72.

⁴⁵ Marceau, G., "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 13, septiembre 2002, p. 767.

2. *La tesis del derecho internacional como posible derecho aplicable por el OSD de la OMC*

Algunos autores afirman que el ESD no precisa en modo alguno cuál será el derecho aplicable y, por lo tanto, ninguna norma de derecho internacional está *a priori* excluida de ser aplicable en la OMC.⁴⁶ En este contexto, J. Pauwelyn afirma que sería equivocado interpretar la referencia explícita a los acuerdos abarcados en el artículo 7.1 del ESD como una exclusión implícita del derecho internacional.⁴⁷ Más aún, asevera que no es necesaria una confirmación expresa para que el derecho internacional sea aplicable en la OMC, toda vez que sigue estando en vigor para los Estados miembros, con excepción de las normas terminadas o suspendidas por los acuerdos abarcados.⁴⁸

Pese a que la afirmación de que el ESD no contiene ninguna disposición que regule el derecho aplicable parece abusar de que este texto no utiliza la palabra “aplicar”, como hace el Estatuto de la CIJ, y en su lugar únicamente ordena *examinar* la diferencia *a la luz* de las disposiciones de los acuerdos abarcados, la tesis de que el derecho internacional es derecho aplicable en la OMC encuentra cierto apoyo en algunas decisiones del OSD. Por ejemplo, el grupo especial en el asunto *Corea-Contratación Pública* dijo que: “No creemos que haya fundamento alguno para aducir que los mandatos [artículo 7.1] tienen por objeto excluir toda referencia a las normas más amplias del derecho internacional consuetudinario para analizar adecuadamente una reclamación sometida al grupo especial”.⁴⁹ El hecho de que el grupo especial haya citado el artículo 7.1,

⁴⁶ L. Bartels, por ejemplo, refiriéndose al artículo 7.1 del ESD, dice que en ninguna parte puede leerse que esta disposición limite el derecho aplicable a los “acuerdos abarcados”. Bartels, L., “Applicable Law in the WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, junio 2001, p. 505. Por su parte, J. Pauwelyn afirma que todas las referencias en el ESD sobre “acuerdos abarcados” hablan sobre la competencia sustantiva del OSD y no del derecho aplicable. Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, p. 465. Otros autores llegan a conclusiones similares aunque con diversos argumentos. D. Palmeter y P. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 3, 1998, p. 399.

⁴⁷ Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, p. 469.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 465.

⁴⁹ *Cfr.* el informe del grupo especial *Corea - Medidas que afectan a la contratación pública*, OMC. Doc. WT/DS163/R de 1o. de mayo de 2000, párrafo 7.101.

que regula la competencia substantiva del OSD —y según algunas interpretaciones el derecho aplicable—, y no el artículo 11 del ESD, que habla de la función que cumple el derecho internacional en la interpretación de los acuerdos abarcados, puede llevar a pensar que la costumbre internacional tiene cabida en las diferencias de la OMC no sólo como medio de interpretación de los acuerdos abarcados.⁵⁰ Adicionalmente, un estudio de J. Cameron y K. R. Gray demuestra que, aunque no se mencionan en los acuerdos abarcados, algunos principios generales de derecho internacional, como son la atribución de la carga de la prueba, el principio de economía procesal, el derecho de acción y de representación, entre otros, han sido aplicados en las diferencias de la OMC.⁵¹

Ahora bien, ya que no hay jerarquía entre normas de derecho internacional, salvo la posible excepción del *ius cogens*, se podría pensar que, al igual que los principios generales del derecho y la costumbre internacional, otras normas de derecho internacional vinculantes para los Estados miembros, por ejemplo algunos AMUMA, puedan llegar a ser derecho aplicable por el OSD. J. Pauwelyn afirma que uno de los principales beneficios de considerar normas distintas de los acuerdos abarcados como derecho aplicable es que, en caso de conflicto, el OSD deberá determinar cuál es la norma que prevalece. De este modo, el OSD podría velar por

⁵⁰ De esta forma parece dar fundamento al argumento de J. Pauwelyn en el que sostiene que es equivocado interpretar la referencia explícita a ciertos tipos de normas (acuerdos abarcados) en el artículo 7.1 del ESD como una exclusión implícita de otras normas (derecho internacional).

⁵¹ Cameron, J. y Gray, K. R., “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, abril 2001, parte 2, pp. 248-298. Aquí también cabe destacar que estas normas no fueron aplicadas con el objeto aclarar una disposiciones obscuras de los “acuerdos abarcados”, sino en defecto de regulación expresa de los acuerdos OMC. Sirva de ejemplo el asunto *Estados Unidos – Camisas y Blusas* en donde el órgano de apelación, después de observar que el artículo 8.3 del ESD sirve para determinar a quién compete “refutar una acusación” pero no regula a quién compete a la carga de la prueba, sostiene que: “...es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el *common law* y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa...”. Informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, OMC Doc. WT/DS33/AB/R, 25 de abril de 1997, Sección IV, p. 16. Véase también Lindroos, A. y Mehling, M., “Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes”...”, *cit.*, nota 34, pp. 876 y 877.

el cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*.⁵² En otras palabras, evitaría que la OMC fuera utilizada por los Estados miembros para ignorar sus compromisos internacionales asumidos en otros foros fracturando así la unidad del derecho internacional.⁵³

La obligación de analizar si existen otras normas aplicables se encuentra, en opinión de éste y otros autores, en el artículo 11 del ESD que ordena a los grupos especiales evaluar objetivamente *la aplicabilidad* de los acuerdos abarcados y la formulación de otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones pertinentes.⁵⁴ Aquí es importante precisar que únicamente se puede presentar un conflicto normativo que requiera una determinación sobre el derecho aplicable si dos tratados regulan la misma materia de forma incompatible, durante un mismo periodo y tienen al menos una parte en común.⁵⁵ Aunque no existen criterios claros para determinar cuándo dos acuerdos regulan la misma materia, parece lógico decir que si dos normas pueden entrar en conflicto es porque versan sobre la misma materia.⁵⁶ El artículo 104 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contiene una cláusula de conflicto para el caso de que sus disposiciones sean incompatibles con las obligaciones específicas en materia comercial de diversos AMUMA.⁵⁷ La existencia de esta cláusula demuestra

⁵² Este principio codificado en el artículo 26 de la CVDT establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁵³ Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, cit., nota 9, p. 38 y 475.

⁵⁴ T. Schoenbaum interpreta el mandato otorgado por el artículo 11 a los grupos especiales de *formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados* como una cláusula que les concede poderes implícitos de competencia para resolver todos los aspectos de una diferencia, aunque el elemento determinante sea una norma de derecho internacional que surge en relación con los “acuerdos abarcados”. Schoenbaum, T., “WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, parte 3, julio 1998, p. 653.

⁵⁵ En otras palabras, si dos acuerdos regulan materias diferentes o no están en vigor al mismo tiempo o no vinculan al menos a un Estado en común no se puede presentar un conflicto normativo y, obviamente, no hay necesidad de aplicar las normas sobre conflicto para determinar cuál prevalece. Borgen, C. J., “Resolving Treaty Conflicts”, *George Washington International Law Review*, vol. 37, 2005, pp. 579-583.

⁵⁶ Cfr. Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2a. ed., Manchester, University Press, 1984, p. 93; véase también *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, North-Holland, vol. 7, 1981 y 1990, p. 468.

⁵⁷ En lo conducente el artículo 104 dispone: “...En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en la Conven-

que, en algunos casos, los AMUMA y las normas sobre comercio internacional, como son las de la OMC, pueden considerarse sobre la misma materia.⁵⁸ Ahora bien, el hecho de que dos acuerdos coincidan en la materia, en el tiempo y al menos en una parte no necesariamente implica la existencia de un conflicto. Para que éste se presente es necesario que los dos acuerdos establezcan obligaciones no susceptibles de ser cumplidas por un mismo sujeto de forma simultánea.⁵⁹

En el supuesto de que exista un conflicto entre los acuerdos abarcados y un AMUMA considerado derecho aplicable, la *aplicabilidad* de los acuerdos abarcados se determinará con base en las reglas de conflicto del derecho internacional general.

ción sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres...; el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono...; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación...; estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad ...”.

⁵⁸ Apoyando la idea de que los AMUMA y las normas de la OMC en algunos casos regulan la misma materia véase Hudec, R., “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices”, en Bhagwati, J. y Hudec, R. (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts, The MIT Press, 1996, p. 121; Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, vol. 15, otoño 1996, p. 911. Para una posición contraria véase Esty, D., *Greening the GATT: Trade, Environment, and the Future*, Washington D.C.: International Institute for Economics, 1994, p. 219. Por otro lado, M. Melgar observa que el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica no regulan la misma materia, aunque ello no resta validez a la preocupación de que las meras divergencias entre estos acuerdos tenga por efecto que este último pierda gran parte de su importancia. *Cfr.* M. Melgar, *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México, UNAM, 2005, pp. 291 y 292.

⁵⁹ Jenks, C. W., “Conflict of Law-Making Treaties”, *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, p. 426; Roucouas, E., “Engagements parallèles et contradictoires”, *Recueil des cours*, vol. 206, 1987-VI, pp. 9-288; Sadat-Akhavi, S., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003. Esta interpretación de conflictos la han seguido algunos grupos especiales de la OMC. *Cfr.* informe del grupo especial en el asunto *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, OMC Docs. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, del 2 de julio de 1998, párrafo 14.28. Otros autores no están de acuerdo con esta definición estricta de los conflictos y abogan porque sea ampliada. J. Pauwelyn, por ejemplo, sostiene que dos normas están en relación de conflicto si una constituye, lleva o puede llevar a la violación de la otra. Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, p. 175.

A. *La determinación del derecho aplicable
basado en las reglas de conflicto
del derecho internacional general*

El respeto a la autonomía de la voluntad y el principio de *lex posterior* se encuentran incorporados al artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) que codifica algunas de las reglas sobre conflictos entre tratados sucesivos sobre la misma materia.

a. El respeto de la autonomía de la voluntad de los Estados

La primera regla de conflicto que contiene el artículo 30 de la CVDT es que cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.⁶⁰ Prevalece, por lo tanto, el acuerdo que las partes han indicado que debe prevalecer. Algunos AMUMA contienen disposiciones que aclaran su relación frente a otros tratados en caso de conflicto.⁶¹ No hay aquí lugar para realizar un estudio de la variedad de este tipo de cláusulas de conflicto,⁶² basta decir que serán válidas a menos que contradigan normas de *ius cogens*, violen derechos de terceros o exista una expresión de voluntad posterior y distinta a la de la cláusula de conflicto.⁶³

⁶⁰ Véase el artículo 30.2 de la CVDT.

⁶¹ Por ejemplo, el artículo 22.1 del Convenio sobre la Diversidad Biológica establece que: “Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones puedan causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro” (BOE, 1o. de febrero de 1994, núm. 27).

⁶² Para un análisis de las diversas clases de cláusulas de conflicto previstas en algunos AMUMA véase Zapatero, P., *Derecho del comercio global...*, cit., nota 14, p. 325 y ss.; también Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, cit., nota 9, p. 327 y ss.

⁶³ Cfr. Artículos 30.1; 34; 41, b). 1; 59 de la CVDT. Conviene decir que en ocasiones los términos utilizados en las cláusulas de conflicto son demasiado vagos y hasta contradictorios dificultando su aplicación. Un ejemplo paradigmático es el del Protocolo de Cartagena que contiene una ambigua cláusula de conflicto en la que reconoce que sus disposiciones no podrán interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor. Asimismo, dispone que el párrafo anterior no tiene por objeto subordinar el Protocolo a otros

Los “acuerdos abarcados”, por su parte, no contienen disposiciones que aclaren su relación frente a los AMUMA. Sin embargo, algunos autores sostienen que del ESD se desprende una cláusula de conflicto que los hace prevalecer frente a otras normas de derecho internacional. L. Bartels asegura que la aplicación de otras normas no-OMC está limitada por los artículos 3.2 y 19.2 del ESD que prohíben que, a través de sus recomendaciones, el OSD aumente o disminuya de los derechos y obligaciones de los “acuerdos abarcados”.⁶⁴ Para este autor, esto equivale a una cláusula de conflicto que hace prevalecer a los “acuerdos abarcados” frente a otras normas de derecho internacional, aunque reconoce que dichas normas no son una cláusula de conflicto “normal”, ya que no disponen expresamente que los “acuerdos abarcados” prevalecen, sin embargo, considera que comparten con las cláusulas de conflicto tradicionales el propósito de asegurar que ciertas normas prevalezcan sobre otras en caso de conflicto.⁶⁵

Los artículos 3.2 y 19.2 del ESD no son una cláusula de conflicto, ni siquiera una que no es “normal” como sostiene L. Bartels. El artículo 19.2 establece que se aplicará de conformidad a lo dispuesto por el artículo 3.2, el cual, después precisar que el OSD sirve para *aclarar* las disposiciones de los acuerdos abarcados conforme a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, dispone que sus recomendaciones no podrán aumentar o disminuir los derechos de los miembros de conformidad a los acuerdos abarcados.⁶⁶ La función de interpretación consiste en aclarar el sentido de términos oscuros o vagos. En algunos casos, la vaguedad de los términos aporta cierta flexibilidad que puede —y debe— ser aprovechada para evitar un conflicto *potencial* con otras normas de derecho a través de una interpretación armoniosa de las normas en cuestión.⁶⁷ No obstante, no está permitido en ningún

acuerdos internacionales. La ambigüedad de esta cláusula de conflicto es tal que no permite saber a ciencia cierta cuál es la relación del Protocolo frente a otros acuerdos internacionales en vigor.

⁶⁴ Bartels, L., “Applicable Law in the WTO ...”, *op. cit.*, nota 46, p. 507.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Cfr.* Artículos 3.2. y 19.1 del ESD.

⁶⁷ Los conflictos potenciales son aquéllos que se presentan entre obligaciones que admiten tanto una interpretación armoniosa como una interpretación que imposibilita el cumplimiento simultáneo de ambas. Si se elige la primera interpretación no habrá conflicto, pero lo habrá si se elige la segunda.

caso introducir términos ajenos al texto que se interpreta, pues podría tener como resultado la modificación de las obligaciones y derechos establecidos por las partes. Este es el sentido de la prohibición de los artículos 3.2 y 19.2 del ESD.⁶⁸ Así, estas disposiciones se relacionan con la labor de interpretación, no con las cláusulas de conflicto.

Ahora bien, si los tratados no prevén una solución se deberá recurrir a otras normas del derecho internacional general sobre conflictos normativos, como el principio de *lex posterior derogat priori*.⁶⁹

b. El principio *lex posterior derogat priori*

La segunda regla de solución de conflictos codificada por el artículo 30 de la CVDT es el principio de *lex posterior*. Esta disposición establece que, cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.⁷⁰ En otras palabras, el tratado posterior prevalece y el anterior sólo será aplicado en la medida en que no sea incompatible con el posterior.

Ahora bien, ya que la aplicación del artículo 30 se limita a los tratados *sucesivos* sobre la misma materia, el principio de *lex posterior* puede presentar algunos problemas de aplicación en los conflictos entre las normas de la OMC y los AMUMA. Antes ya mencionamos que los AMUMA y las normas de la OMC pueden versar sobre la misma materia, ahora nos ocuparemos brevemente de examinar la cuestión de si pueden o no considerarse “sucesivos”. Para determinar si dos tratados son “sucesivos” —noción asociada al hecho de que hayan sido adoptados en

⁶⁸ Esta interpretación encuentra apoyo en el informe del órgano de apelación en el asunto *India – Productos farmacéuticos y químicos* en donde, después de manifestar su rechazo a ciertas interpretaciones del grupo especial, sostiene que tanto los grupos especiales como el órgano de apelación deben guiarse por las normas de interpretación de los tratados establecidos en la Convención de Viena y no deben aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones previstos en el Acuerdo sobre la OMC como lo exigen los artículos 3.2 y 19 del ESD. Informe del órgano de apelación en el asunto *India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, OMC. Doc. WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997, párrafos 45-47.

⁶⁹ Véase Casanovas, O., “Unidad y pluralismo ...”, *cit.*, nota 16, p. 103; Guardia, E. de la, *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1997, pp. 206 y 207.

⁷⁰ Artículo 30.3 de la CVDT.

dos momentos de tiempo distintos— lo que cuenta es el día de adopción o conclusión del tratado, no la fecha de ratificación o entrada en vigor.⁷¹ Como sostiene J. Borgen, la cuestión es determinar cuándo un Estado se vincula legalmente a un acuerdo.⁷² Los AMUMA y los acuerdos de la OMC no pueden ser fácilmente encasillados en una fecha de tiempo determinada, ya que, aunque son concluidos en una fecha concreta, pueden recibir adhesiones de otros Estados en fechas posteriores. Para estos Estados la fecha de adhesión será considerado el momento en el que quedaron vinculados al acuerdo. Así, puede presentarse el caso de que un miembro original de la OMC (1994) se adhiera a un AMUMA en una fecha posterior, digamos en el 2000, y un Estado parte en un AMUMA adoptado antes de 1994 se adhiera a la OMC en el 2003. De este modo, para el miembro original de la OMC el tratado posterior será el AMUMA, pero para el Estado Parte en el AMUMA adoptado con anterioridad a la OMC el acuerdo posterior será el Acuerdo de la OMC. Ante un conflicto de esta naturaleza un juzgador puede decidir que el artículo 30 no es aplicable al no ser los tratados “sucesivos” o bien considerar como fecha de adopción el momento en que el consentimiento de las partes converge.⁷³

Ahora bien, la CVDT en su artículo 30.4 contiene disposiciones en materia de conflictos normativos para los casos en que las partes en un tratado anterior no sean todas ellas partes en un tratado posterior. Esta disposición se aplica sin perjuicio de las normas que regulan la modificación de acuerdos *inter se* del artículo 41.

c. Las normas sobre conflictos normativos entre tratados con distintas partes contratantes y sobre modificaciones *inter se* de obligaciones convencionales

El párrafo 4 del artículo 30 del CVDT regula los conflictos normativos entre un acuerdo anterior y otro posterior que no tienen las mismas partes contratantes. En la aplicación de esta disposición hay que tener en

⁷¹ Borgen, C. J., “Resolving Treaty Conflicts...”, *cit.*, nota 55, p. 602.

⁷² *Ibidem*, p. 604.

⁷³ En el ejemplo el AMUMA sería anterior porque en el 2000 los dos Estados estaban vinculados a este acuerdo y el Acuerdo sobre la OMC sería el posterior porque la adhesión del segundo Estado tuvo lugar en el 2003.

cuenta que, el hecho de que dos acuerdos no tengan exactamente las mismas partes contratantes no quiere decir que no coincidan en vincular a dos o más Estados, simplemente quiere decir que uno o más Estados no están vinculados a ambos acuerdos. Para las relaciones entre los Estados que están vinculados a los dos acuerdos el principio de *lex posterior* regirá sus relaciones, es decir, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Para las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos acuerdos y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos será aplicable el acuerdo en el que los dos Estados sean partes.⁷⁴

Las reglas anteriores se aplican sin perjuicio de las disposiciones sobre modificación de acuerdos *inter se* previstas en el artículo 41. Esta disposición permite que dos o más partes en un tratado multilateral celebren un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas, siempre y cuando la posibilidad de tal modificación no esté prohibida por el tratado, no se afecten los derechos de las demás partes en el tratado y que la modificación no sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.⁷⁵

Algunos autores sostienen que los “acuerdos abarcados” pueden sufrir modificaciones *inter se* en los términos del artículo 41 del CVDT y, por lo tanto, deberán ser tomados en cuenta a la hora de evaluar la aplicabilidad de los “acuerdos abarcados”.⁷⁶ Esta modificación, por ejemplo, se podría traducir en considerar justificables las medidas comerciales adoptadas para lograr los objetivos del AMUMA entre los miembros de la OMC vinculados al acuerdo ambiental.⁷⁷ Si se acepta que otras normas

⁷⁴ *Cfr.* El párrafo 4, incisos *a y b* del artículo 30 de la CVDT. Véase también Kearney, R. D. y Dalton, R. E., “The Treaty on Treaties”, *American Journal of International Law*, vol. 64, núm. 3, 1970, p. 517.

⁷⁵ Véase artículo 41 de la CVDT. El segundo párrafo del artículo anterior dispone adicionalmente que, salvo que estén previstas en el acuerdo, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga. No obstante, a diferencia de las primarias dos limitaciones del primer párrafo, no está claro que la exigencia de notificación sea parte del derecho internacional consuetudinario.

⁷⁶ Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, p. 320; Tancredo, A., “EC Practice in the WTO: How Wide is the ‘Scope for Manoeuvre’?”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 5, 2004, p. 960.

⁷⁷ Para que una modificación de este tipo surta plenos efectos no es necesario que expresamente las partes hayan dispuesto que se proponían modificar un tratado anterior o

distintas de los “acuerdos abarcados” pueden ser derecho aplicable en la OMC, el artículo 41 no es un obstáculo para las modificaciones de obligaciones en el sentido expuesto. EL GATT no contiene disposiciones que prohíban la firma de acuerdos *inter se*. Por otro lado, los acuerdos *inter se* difícilmente pueden afectar el goce de los derechos de terceros Estados, ya que únicamente modifican las relaciones entre los países firmantes.⁷⁸ Por último, las obligaciones contenidas en los acuerdos de la OMC generalmente pueden reducirse a obligaciones recíprocas.⁷⁹ A diferencia de las obligaciones integrales cuyo incumplimiento perjudica a todos los países que sean partes en el acuerdo, como sucede en los tratados sobre derechos humanos y en los AMUMA, las obligaciones recíprocas prevén un intercambio de prestaciones de forma que el incumplimiento de una parte afecta sólo a la parte con la que se encuentre en relación de reciprocidad.⁸⁰ De este modo, es difícil que los supuestos antes mencionados constituyan alguna modificación incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado de la OMC en su conjunto.⁸¹

Existen, no obstante, autores que sostienen que el acuerdo por el que se establece la OMC contiene normas precisas sobre enmiendas y exenciones de los acuerdos abarcados que inhabilitan la aplicación del artículo 41.⁸² Estos autores parecen no distinguir entre una modificación *inter*

que el acuerdo modificador se adopte en el mismo foro institucional que el acuerdo modificado, es suficiente que del texto se advierta que realizar una modificación es la intención de las partes y se cumplan las condiciones del artículo 41 del CVDT.

⁷⁸ Algunos autores sostienen que las modificaciones *inter se* en el sentido expuesto violan los derechos que otros miembros de la OMC tienen por virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Marceau, G., “WTO Dispute Settlement...”, *cit.*, nota 45, p. 772. Sin embargo, las modificaciones *inter se* no implican un cambio textual en las listas de compromisos de los miembros y ya que los acuerdos *inter se* no son oponibles a terceros no se puede decir que las ventajas comerciales habrán disminuido.

⁷⁹ Pauwelyn, J., “A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, p. 928; Petersmann, E., “The WTO Constitution and the Millennium Round”, en Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 123.

⁸⁰ Casanovas, O., “Unidad y pluralismo...”, *cit.*, nota 16, p. 106.

⁸¹ Pauwelyn, J., “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, julio de 2001, p. 549.

⁸² Bilder, R. B., “Book Review: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law. By Joost Pauwelyn”, *American Journal of International Law*, vol. 98, octubre de 2004, p. 859.

se y las enmiendas. Las primeras no cambian el texto del acuerdo modificado y no son oponibles a aquellas partes no vinculadas al acuerdo modificador. Mientras que las enmiendas son modificaciones del texto del acuerdo oponible a todas las partes. El acuerdo por el que se establece la OMC regula las enmiendas y las exenciones, pero guarda silencio sobre las modificaciones *inter se*, por lo tanto, el artículo 41 del CVDT sigue siendo aplicable.⁸³

Ahora bien, el artículo 30 del CVDT no aporta soluciones a todos los conflictos normativos. Por ejemplo, no regula los conflictos en donde un Estado A vinculado por un acuerdo a otro Estado B (acuerdo A-B) viola en un segundo acuerdo que lo vincula frente un tercer Estado C (acuerdo A-C). Si bien es verdad las normas sobre responsabilidad de los Estados en este punto tendrían aplicación, siendo A responsable ante C si decide cumplir el acuerdo A-B o, ante B, si decide cumplir con el acuerdo A-C, también es verdad que las normas de conflicto del artículo 30 no permiten determinar qué acuerdo prevalece. Por lo tanto, en algunos casos, la solución de conflictos puede depender de otros principios no codificados en el artículo 30 de la CVDT.

d. El principio *lex specialis*

Un principio de solución de conflictos ampliamente aceptado que no está codificado en la CVDT y que es utilizado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el OSD de la OMC es el principio de *specialia generalibus derogat* (la ley especial deroga a la general).⁸⁴ Este principio también hace prevalecer la autonomía de la voluntad, ya que se basa en

⁸³ Las normas que regulan las enmiendas de los “acuerdos abarcados” se encuentran en el artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC. Por su parte, las normas sobre exenciones se encuentran reguladas por el artículo XI.

⁸⁴ Véase el caso *Gabcikovo-Nagymaros*. ICJ, *Recueil* 1997, párrafo 132. Borgen, C. J., “Resolving Treaty Conflicts...”, *cit.*, nota 55, pp. 573-648; Casanovas, O., “Unidad y pluralismo...” nota 16, p. 103; Guardia, E. de la, *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1997, 1997, pp 206 y 207. Es importante decir que el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de 2001 codifica el principio de *lex specialis* de aplicación en un supuesto concreto. En su artículo 55 concede primacía en caso de conflicto a otras normas secundarias sobre responsabilidad que sean especiales. Véase Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session*, suplemento núm. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1.

la idea de que la norma especial refleja de forma más fiel y precisa el consentimiento o la manifestación de voluntad de los Estados. La relación entre el principio de *lex specialis* y *lex posterior* hasta ahora no ha sido claramente definida.⁸⁵ No está claro, por ejemplo, si una norma especial anterior prevalece sobre una norma general posterior.⁸⁶ Algo que parece claro es que entre los principios *lex posterior derogat priori* y *specialia generalibus derogat* no hay ninguna jerarquía; es decir, no hay orden de preferencia para aplicar estos principios.⁸⁷ Sin embargo, para algunos autores, ya que el principio de *lex specialis* aún no ha sido reconocido como norma de derecho internacional consuetudinario y, a diferencia del principio *lex posterior*, no se incluye en la CVDT, las normas del artículo 30 deberían tener preferencia de aplicación y sólo en caso de que no aporten una solución, por ejemplo, para los conflictos entre tratados que es difícil clasificar como “sucesivos”, el principio de *lex specialis* debería ser utilizado.⁸⁸ En ese sentido es interesante observar que para algunos autores los AMUMA son *lex specialis* frente a las normas de la OMC. El artículo 104 del TLCAN que ya hemos mencionado parece apoyar esta conclusión.⁸⁹

⁸⁵ Es posible que el estudio que actualmente realiza la CDI sobre la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos (*self-contained regimes*) arroje algo de luz sobre estas cuestiones. Para un estudio preliminar sobre la materia preparado por M. Koskenniemi véase el documento de la CDI ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 y Add.1.

⁸⁶ La situación es distinta en los casos de conflictos entre una ley especial posterior y una ley general anterior, ya que la solución aportada por los dos principios es la misma, bien se podría decir que la norma prevalece por ser especial o bien por ser posterior. Sin embargo, en ningún caso se podría saber cuál es el principio que da fundamento a este resultado.

⁸⁷ Vranes, E., “Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior ...”, *cit.*, p. 405.

⁸⁸ Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, p. 407.

⁸⁹ El artículo 104 del TLCAN dispone en lo conducente: “...En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones *específicas* en materia comercial contenidas en: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación...” (sin cursivas en el original). Más aún, la posibilidad de que los AMUMA sean ley especial frente a las normas de la OMC despeja cualquier duda sobre la cuestión de si estos acuerdos versan sobre la misma materia.

Ahora bien, A. Lindroos sostiene que este principio puede funcionar en conflictos normativos *dentro* de un régimen, por ejemplo, entre normas de la OMC, pero su aplicación puede resultar más problemática en los conflictos *entre* regímenes, por ejemplo, entre las normas de la OMC y las de un AMUMA.⁹⁰ En su opinión, ya que las relaciones entre los distintos tipos de “fuentes” de derecho internacional no están claramente definidas, es difícil concluir que dos o más Estados han consentido obligarse y hacer primar una norma supuestamente especial sobre otra supuestamente más general si no han sido adoptadas dentro de un mismo régimen.⁹¹ Sin embargo, aunque la aplicación del principio *lex specialis* sea más fácil en los conflictos entre normas dentro de un mismo régimen cuando su la relación se encuentra claramente definida, nada impide que dos Estados puedan acordar que una norma especial sea aplicable a otra norma más general perteneciente a otro régimen, independientemente de las dificultades que existan, por ejemplo, para determinar cuál de las dos normas es la especial.

B. *Consecuencias y limitaciones de considerar como derecho aplicable en la OMC a normas distintas de los “acuerdos abarcados”*

En virtud de que el artículo 7.1 del ESD limita la competencia sustantiva a los acuerdos abarcados, los defensores de la tesis de que el derecho internacional (no-OMC) es derecho aplicable aclaran que el OSD podrá considerar dichas normas sólo en la medida en que sean parte de los argumentos de la parte demandada y sean necesarios para determinar la aplicabilidad de los acuerdos abarcados o para ayudar a solucionar la diferencia.⁹² En esta línea de ideas, los acuerdos abarcados no se podrán aplicar si tras analizar la relación de éstos frente a otras normas de derecho internacional con base en las reglas sobre conflictos normativos se concluye que no son aplicables. Esto, en opinión de J. Pauwelyn, no quiere decir que los grupos especiales van a hacer cumplir normas internacionales distintas de los acuerdos abarcados o que disminuirán los derechos de la parte demandante en contra de los que disponen los artículos

⁹⁰ Lindroos, A., “Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 44.

⁹¹ *Ibidem*, p. 40.

⁹² Pauwelyn, J., *op. cit.*, nota 81, p. 569.

3.2 y 19.2 del ESD.⁹³ En su opinión, si otras normas prevalecen frente a las obligaciones OMC y, en algún grado, hay disminución de derechos será porque el país miembro —y no el grupo especial— voluntariamente así la ha decidido celebrando un tratado internacional que impide la aplicación de los acuerdos abarcados.⁹⁴ Los grupos especiales no podrán exigir el cumplimiento de otras normas, ya que la competencia substantiva de la OMC está limitada a los acuerdos abarcados. La única consecuencia sería pues que si otras normas de derecho internacional invocadas como defensa prevalecen frente a los acuerdos abarcados el OSD no podrá aplicar estos últimos y el demandante perdería.⁹⁵

Pese a que los razonamientos anteriores tienen la virtud de aportar un marco de estudio que preconiza la unidad del derecho internacional y el respeto de los principios *pacta sunt servanda* y *pacta tertiis*, lo cierto es que, en el mejor de los casos, se aplicarán de forma excepcional, al menos en el contexto de las diferencias que involucren a los regímenes comercial y ambiental.⁹⁶ Esto se debe a que es poco probable que se presente un conflicto normativo entre un AMUMA y las normas de la OMC. En virtud del principio de buena fe existe en el derecho internacional una presunción en contra de los conflictos normativos, por lo tanto, siempre que dos disposiciones en conflicto potencial puedan ser interpretadas de forma compatible o armoniosa esta interpretación debe prevalecer.⁹⁷ Sólo cuando los acuerdos no permitan tal interpretación es

⁹³ Los artículos 3.2 y 19.2 establecen que las recomendaciones y resoluciones del OSD o las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del órgano de apelación no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los “acuerdos abarcados” el OSD.

⁹⁴ Pauwelyn, J., “The Role of Public International Law in the WTO...”, *cit.*, nota 81, p. 569.

⁹⁵ Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *op. cit.*, nota 9, pp. 473 y 474.

⁹⁶ El propio J. Pauwelyn lo ha reconocido así al decir: “...in most cases WTO law and other international norms will provide sufficient exceptions and ambiguity so that the two sets of norms can be *interpreted* in a harmonious manner (relying, for example, on GATT Article XX exceptions when it comes to environmental agreements), such leeway may not exist in other, exceptional circumstances and the two norms may conflict, raising the need for a decision on which norm prevails...”. Pauwelyn, J., “A Typology of Multilateral Treaty Obligations...”, *cit.*, nota 79, p. 946.

⁹⁷ Akehurst, M., “The Hierarchy of Sources of International Law...”, *cit.*, nota 18, p. 275. Véase también el informe del grupo especial en el asunto *Indonesia – Determinadas medidas*

posible que se presente un conflicto.⁹⁸ Aunque diversas normas de los acuerdos que administra la OMC limitan la libertad de los miembros para aplicar restricciones comerciales, las medidas comerciales destinadas a proteger el medio ambiente tienen, al menos en teoría, cabida en el marco de la OMC a través de las excepciones ambientales del GATT y del AGCS y de algunas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.⁹⁹ Por su parte, los AMUMA que prevén el uso de medidas comerciales, en muchos casos, disponen que éstas no deben constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificado o una restricción encubierta al comercio internacional, términos utilizados en el artículo XX del GATT.¹⁰⁰ Así, las normas de la OMC y los AMUMA generalmente admiten una interpretación armoniosa, lo que permitirá evitar al OSD de la OMC aplicar las normas de conflicto.¹⁰¹ Tal vez por esta razón J. Pauwelyn defiende una definición amplia de “conflicto normativo”, en donde no sólo las disposiciones directamente contradictorias quedarían comprendidas, sino también las disposiciones que potencialmente pueden dar lugar a la violación de otras normas.¹⁰² No obstante, aun si se acepta una definición amplia de los “conflictos” hay que decir que, considerar que las normas no-OMC pueden ser aplicadas por el OSD no aportaría ninguna solución a uno de los aspectos de la relación OMC-AMUMA con mayor potencial de dar lugar a diferencias: las controversias en donde el miembro de la OMC demandante no está vinculado al AMUMA con el

que afectan a la industria del automóvil. OMC Docs. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, del 2 de julio de 1998, párrafo 14.28.

⁹⁸ Sadat-Akhavi, S., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

⁹⁹ Véase para tal efecto el capítulo VI.

¹⁰⁰ Por ejemplo, el artículo 3.5 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dispone: “...Las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional...” (*BOE*, 10 de febrero de 1994, núm. 27).

¹⁰¹ Ahora bien, esto no quiere decir que el OSD hará cumplir las normas de los AMUMA, sino que, únicamente, partiendo de la base de que no existe una contradicción directa entre las normas de la OMC y los AMUMA, podría concluir que no hay porque aplicar las normas de conflicto.

¹⁰² J. Pauwelyn dice hay un conflicto entre normas si una constituye, lleva o puede llevar a la violación de la otra. Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, pp. 175-176.

que el miembro demandado pretende justificar la medida comercial fuente de la diferencia.¹⁰³

En los casos en que las normas distintas de los acuerdos abarcados no sean consideradas derecho aplicable en la OMC, en las diferencias en donde únicamente una de las partes esté vinculada a la norma no OMC —por ejemplo un AMUMA— o, bien, cuando no exista un conflicto normativo, sino únicamente un conflicto potencial, las normas de derecho internacional aún podrán tener cierta influencia en las diferencias de la OMC por vía de las reglas generales sobre interpretación de los tratados.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS “ACUERDOS ABARCARDOS”.

El ESD dispone que cuando sea necesario aclarar los términos de los acuerdos abarcados cuyo sentido sea oscuro o vago se deben aplicar las normas consuetudinarias de derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados.¹⁰⁴ Esta disposición puede prestar un gran servicio al objetivo del desarrollo sostenible, toda vez que el contenido de algunos de los términos de los acuerdos abarcados con mayor potencial de generar interacciones negativas con los AMUMA aún no han sido claramente definidos y, por lo tanto, podrían ser interpretadas con el fin de lograr un apoyo mutuo entre estos regímenes. Este es el caso de los artículos XX del GATT y XIV del AGCS, en donde el contenido de las exigencias del preámbulo y de las excepciones ambientales son todo menos claros.¹⁰⁵ Las excepciones sobre patentabilidad del artículos 27.2 y 27.3.b) del Acuerdo sobre los ADPIC también adolecen de falta de definición lo que ha generado mucha controversia.¹⁰⁶ En la misma situación

¹⁰³ El CCMA de la OMC reconoce que en los casos en que las partes en un AMUMA haya consenso para aplicar entre sí medidas comerciales expresamente impuestas, es poco probable que se planteen en la OMC diferencias entre ellas por el recurso a esas medidas (WT/CTE/1, párrafo 174, iv).

¹⁰⁴ Véase el artículo 3.2 del ESD.

¹⁰⁵ J. Jackson, uno de los expertos en derecho de la OMC más reconocidos, ha observado que los términos “discriminación arbitraria e injustificable” y “restricción encubierta” son tan nebulosos que hacen prácticamente imposible definir su contenido. Jackson, J., *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, Bobbs-Merril, 1969, p. 744.

¹⁰⁶ Melgar, M., *Las relaciones entre los regímenes de la biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*, p. 49;

de imprecisión se encuentra el objetivo del “desarrollo sostenible” del preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC.¹⁰⁷

La forma en que las disposiciones anteriores sean interpretadas afectará inexorablemente la relación entre la OMC y los AMUMA, al igual que el objetivo del desarrollo sostenible. Es aquí en donde las normas consuetudinarias de derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados pueden jugar un papel importante. El artículo 3.2 del ESD no hace referencia expresa a la CVDT, al parecer como consecuencia de que los Estados Unidos no son parte y las Comunidades Europeas no pueden serlo; sin embargo, el órgano de apelación de la OMC ha dicho que las normas consuetudinarias de interpretación incluirían el artículo 31 de la CVDT¹⁰⁸ y algunas ocasiones ha hecho referencia también al artículo 32.¹⁰⁹

1. *La interpretación teleológica de los “acuerdos abarcados”*

La primera regla de interpretación, contenida en el artículo 31.1 de la CVDT, es que un acuerdo internacional debe ser interpretado según el sentido ordinario de sus términos, tomando en cuenta su contexto, objeto

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

¹⁰⁷ Algunos autores han observado que para dotar de contenido al concepto *desarrollo sostenible* es necesario tener en cuenta los principios de derecho internacional del medio ambiente y los acuerdos multilaterales de protección ambiental. Véase Marceau, G., “A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition Against “Clinical Isolation” in the WTO Dispute Settlement”, *Journal of World Trade*, vol. 33, núm. 5, octubre de 1999, pp. 107-109; Schoenbaum, T., “The Decision in the Shrimp-Turtle Case”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, vol. 9, pp. 37 y 38. El órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de camarón* ha dicho que el compromiso con el objetivo de *desarrollo sostenible* que figura en el preámbulo del Acuerdo con el que se crea la OMC, debe dar color, consistencia y matiz a la interpretación de los acuerdos anexos al Acuerdo sobre la OMC. Informe del órgano de apelación OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párrafo 153.

¹⁰⁸ Informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina.*”, nota 2, p. 17.

¹⁰⁹ El artículo 32, que contiene normas de interpretación de carácter complementario, únicamente se aplica para confirmar una interpretación lograda tras aplicar las reglas básicas de interpretación del artículo 31 o, bien, cuando el artículo 31 no aclare los términos interpretados o no lo haga satisfactoriamente. Véase informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún de 1994*, GATT Doc. DS29/ (Informe no adoptado), párrafo 5.20.

y fin.¹¹⁰ El órgano de apelación prácticamente obliga a realizar una interpretación teleológica de los “acuerdos abarcados” con base en el “objeto” y “fin” del tratado al sostener que el objetivo del desarrollo sostenible del preámbulo del acuerdo de la OMC debe dar color, consistencia y matiz a sus interpretaciones.¹¹¹

Aunque no siempre es sencillo determinar cuáles son las acciones concretas que se requieren para lograr el objetivo del desarrollo sostenible, no hay duda de que este concepto busca lograr compatibilizar las necesidades sociales de desarrollo, las necesidades económicas de crecimiento y las necesidades ambientales de preservación del medio para las generaciones futuras.¹¹² Es claro pues, que alcanzar el apoyo mutuo entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA, como lo exige el objetivo del desarrollo sostenible, actualmente depende, al menos en parte, de que las disposiciones ambientales de los “acuerdos abarcados” sirvan, por un lado, para ilegitimar las medidas proteccionistas que limitan el crecimiento económico y el desarrollo y, por otro lado, se constituyan a la vez en un puerto seguro para las medidas ambientales no proteccionistas.¹¹³ Una interpretación contraria al objetivo del desarrollo sostenible sería, por ejemplo, aquélla que limitara excesivamente el recurso a las excepciones ambientales del artículo XX del GATT de modo que impidan la adopción de medidas no proteccionistas destinadas a lograr los objetivos de los AMUMA. Por el contrario, una interpretación sostenible de esta disposición debería llevar a concluir que las medidas adoptadas para lograr los objetivos de un AMUMA no son arbitrarias o injustificadas o una restricción encubierta al comercio internacional en el sentido que limita el preámbulo, ya que atienden a un problema ambiental reco-

¹¹⁰ Así lo ha confirmado la CIJ en el *Asunto del templo de Préh Vihear*. Véase CIJ, *Recueil 1961*, p. 32.

¹¹¹ Véase informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de camarón*. OMC Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párrafo 153.

¹¹² Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 29.

¹¹³ Véase *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; Varios Autores “Nueva York Law School Center for International Law Symposium on World Trade and the Environment”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, 1999, p. 178.

nocido por la Comunidad internacional. También debería conducir a pensar que son necesarias como lo exige el inciso *b* del artículo XX, ya que, en caso contrario, no se entendería el derroche esfuerzos y recursos destinados a la nada fácil tarea de concluir un AMUMA. Adicionalmente, si la restricción está destinada a proteger un recurso natural agotable contemplado en un AMUMA, se puede aceptar que la medida está relacionada a la protección de los recursos naturales como lo exige el inciso *g*. Así, como sostiene G. Marceau, la existencia de un AMUMA podría ser considerada como una presunción de que las medidas adoptadas para lograr sus fines encuentran justificación en el artículo XX del GATT.¹¹⁴ Esta interpretación encuentra apoyo en el informe del asunto *Camarón-Tortugas* en donde el órgano de apelación dijo que tuvo mucho peso al determinar que la medida en cuestión no podía justificarse con base en el artículo XX del GATT el hecho de que los Estados Unidos no negociaron acuerdos de protección de tortugas marinas con los países afectados por la restricción comercial, como había antes hecho con otros países.¹¹⁵ En opinión del órgano de apelación, el carácter unilateral de la aplicación de la medida acentuaba la influencia perturbadora y discriminatoria de la medida y subrayaba su naturaleza injustificable.¹¹⁶ Por lo tanto, la existencia de una AMUMA debería a su vez eliminar la influencia perturbadora y discriminatoria de la medida y subrayar su naturaleza justificable. Esta interpretación tiene apoyo adicional en el principio 12 de la Declaración de Río.¹¹⁷ Ahora bien, ya que con frecuencia los Estados utilizan las motivaciones ambientales como subterfugio de sus inten-

¹¹⁴ Marceau, G., "A Call for Coherence in International Law ...", *cit.*, nota 107, p. 131. Las comunidades europeas han manifestado ante el CCMA de la OMC que: "... el hecho de que las medidas comerciales que puedan contener los AMUMA hayan sido negociadas y convenidas por consenso en un marco multilateral debe considerarse una garantía frente a las acciones discriminatorias y su uso con fines proteccionistas...". *Cfr.* Comunicación de la Comunidad Europea, *Resolución de la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente*, OMC Doc. WT/CTE/W/170, 19 de octubre de 2000, párrafo 4.

¹¹⁵ Informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998. párrafo 172.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrafo 174.

¹¹⁷ *Cfr.* *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, hecha en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992 (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

ciones proteccionistas, una interpretación sostenible del artículo XX debería permitir que la presunción de legalidad creada a favor de las medidas adoptadas de conformidad con un AMUMA pueda ser refutada si existen medios de prueba en ese sentido.

Una interpretación de las excepciones ambientales como la anterior sería aplicable no sólo en las diferencias en las que las dos partes están vinculadas a la OMC y al AMUMA, sino también, y aquí radica su principal aportación, en las diferencias en las que las dos partes sean miembros de la OMC, pero sólo una sea parte en los AMUMA. El hecho de que un Estado no sea parte en un AMUMA no quiere decir en ningún caso que ciertas medidas para proteger el medio ambiente son innecesarias o injustificables. Como hemos mencionado antes, la existencia de un AMUMA es, sin duda, una prueba de que existe un problema ambiental cuya importancia ha movilizó a la Comunidad internacional con el objetivo de adoptar medidas para paliar sus efectos.

Este razonamiento encuentra apoyo en el asunto *Camarón-Tortugas*, en donde el órgano de apelación definió el término “recurso natural agotable” del inciso g del artículo XX del GATT apoyándose en tratados sobre medio ambiente vinculantes sólo para algunos miembros de la OMC.¹¹⁸ Del mismo modo, en el reciente informe del asunto de los *Productos biotecnológicos*, el grupo especial sostuvo que para que una norma no-OMC puedan ser tomada en cuenta para interpretar una disposición de los acuerdos abarcados no necesariamente tiene que ser vinculante para todas las partes en la diferencia, si tales normas son *informativas* y útiles para precisar el significado de las normas de la OMC.¹¹⁹ Aunque el sentido ordinario de los términos de los acuerdos abarcados, como los de la cláusula introductoria del GATT, podrían ser definidos con la ayuda de un diccionario, como observa el grupo especial, otras normas de derecho internacional pueden ayudar al intérprete a establecer o confirmar el sentido ordinario de los términos de un tratado en el contexto específico en el que son utilizados.¹²⁰

¹¹⁸ Véase Informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, cit., nota 115, párrafo 132.

¹¹⁹ Informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. OMC Doc. WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293, 29 de septiembre de 2006, párrafo 7.93 y 7.94

¹²⁰ *Ibidem*, párrafo 7.92.

Ahora bien, además de la regla general de interpretación del primer párrafo del artículo 31 de la CVDT otros apartados de este mismo artículo son potencialmente aplicables en el contexto que nos ocupa. En concreto la aplicación del inciso *c* del párrafo 3 ha sido sugerida por algunos sectores de la doctrina para lograr un acercamiento entre el régimen del comercio internacional y el del medio ambiente.

2. *El principio de integración sistémica aplicado a las normas de la OMC*

El artículo 31.3. c) de la CVDT dispone que, entre otros aspectos, en la interpretación de un tratado deberá de tomarse en cuenta *toda norma* pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las *partes*. El objetivo de esta disposición, según ha observado la CDI, es conectar los tratados como aspectos de un conjunto general de derechos y obligaciones de los Estados. En su opinión, el artículo 31.3 c) de la CVDT expresa lo que podría denominarse un principio de “integración sistémica”, en otras palabras, una directriz según la cual los tratados debían interpretarse en el contexto de todas las normas y principios de derecho internacional, es decir, del derecho internacional *entendido como sistema*.¹²¹

Ahora bien, la referencia a *toda norma* de derecho internacional es considerada por algunos autores suficientemente amplia para permitir al OSD de la OMC considerar en su tarea de interpretación cualquier norma convencional o consuetudinaria, aunque no sea parte de los “acuerdos abarcados”.¹²² Claro está que el recurso a otras normas de derecho

¹²¹ Así, como instrumento interpretativo, el principio de “integración sistémica” expresa la naturaleza de un tratado como acuerdo “regido por el derecho internacional”. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57o. período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005), Asamblea General Documentos Oficiales 60o. período de sesiones Suplemento núm. 10 (A/60/10), Capítulo XI *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, párrafo 467; véase también McLachlan, C., “The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 279-320.

¹²² Véase French, D., “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 55, abril 2006, p. 303; Marceau, G., “A Call for Coherence in International Law ...”, *cit.*, nota 107, p. 131; Varios Autores, *op. cit.*, nota 113, p. 178.

sólo será procedente si la norma a interpretar es poco clara o si la ambigüedad pareciera resolverse mediante la remisión a otras normas de derecho internacional.¹²³ La amplitud aparente del artículo 31.3.c) de la CVDT se ve limitada, ya que sólo podrán utilizarse en las tareas de interpretación aquellas normas que sean aplicables a las relaciones entre las *partes*. El problema es que no está claro si al hacer mención de las relaciones entre las partes la CVDT se refiere a: 1) a todos los miembros de la OMC; 2) a más de un país miembro de la OMC, pero sin requerir que toda la membrecía se encuentre vinculada al tratado.¹²⁴ La opinión de la doctrina sobre qué debe entenderse por “partes” en el artículo 31.3.c) se encuentra dividida.¹²⁵

La posición del OSD de la OMC está reflejada en el reciente informe en el asunto de los *Productos biotecnológicos*, en donde el grupo especial se negó a considerar la Convención sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología al interpretar el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, argumentando que algunos de los miembros en la diferencia no estaban vinculados a los citados tratados ambientales.¹²⁶ El grupo especial sostuvo que para

¹²³ En palabras de la CDI no debía ser necesario remitirse a otras normas de derecho internacional a menos que el propio tratado suscite un problema de interpretación. Normalmente se planteará la necesidad de aplicar el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 en concreto si: a) la norma del tratado es poco clara y la ambigüedad parece resolverse mediante la remisión a un conjunto desarrollado de normas de derecho internacional; b) el sentido de los términos utilizados en el tratado está bien reconocido en el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, se podía considerar que era ese el sentido que las partes habían tenido la intención de atribuirles, o c) los términos del tratado son polisémicos y la remisión a otras fuentes del derecho internacional ayudaría a precisar el contenido de la norma. Informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional*, AG Doc. N° 10 A/59/10, párrafo 147.

¹²⁴ Esto es relevante ya que si se refiere a todos los miembros de la OMC ningún AMUMA podrá ser utilizado para interpretar las disposiciones de los “acuerdos abarcados” pues ninguno tiene la misma membrecía que esta organización.

¹²⁵ Algunos autores aseguran que el término “partes” en el artículo 31.3 c) puede ser interpretado como refiriéndose a las partes en la diferencia y no a todos los miembros de la OMC. Véase Palmeter, D. y Mavroidis, P., “The WTO Legal System: Sources of Law...”, *cit.*, nota 46, p. 411. Para una posición en contra véase Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, *cit.*, nota 9, p. 258.

¹²⁶ Informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos...*, *cit.*, párrafos 7.74 y 7.75

que una norma pueda ser tomada en cuenta en el contexto del artículo 31.3.c) de la CVDT debe ser vinculante para todas las partes en el tratado que está siendo interpretado.¹²⁷ En el contexto que nos ocupa, esto se traduciría en exigir que las normas sean vinculantes para todos los miembros de la OMC. Sin embargo, el grupo especial añadió cierta confusión al decir: “es importante señalar que este caso no es uno en el que normas pertinentes de derecho internacional sean aplicables en las relaciones entre todas las partes en la diferencia, pero no entre todos los Miembros de la OMC, ni en el que todas las partes en la diferencia aduzcan que un Acuerdo multilateral de la OMC debe interpretarse a la luz de esas otras normas de derecho internacional. En consecuencia, no es necesario que adoptemos, y no adoptamos, una posición sobre si en una situación de esa índole estaríamos facultados para tener en cuenta otras normas pertinentes de derecho internacional”.¹²⁸ Este razonamiento da la impresión de que el grupo especial no estaba seguro de si otras normas no-OMC, para poder ser consideradas al interpretar los acuerdos abarcados, debían ser vinculantes para todos los miembros de la OMC o si bastaba con que vincularan a todas las partes en la diferencia. En cualquier caso, ya que no tiene aplicación en las diferencias en donde sólo algunos de los miembros involucrados están vinculados a otras normas no-OMC, la vía de la interpretación sistémica no aporta soluciones a los aspectos más controvertidos, y que hemos mencionado antes, de la relación AMUMA-OMC.

Otro punto que despierta algunas dudas es si para que una norma pueda ser considerada relevante a la hora interpretar los “acuerdos abarcados” debe ser anterior a la fecha en que éstos fueron adoptados (1994).¹²⁹ Pese a que en un primer momento algunos grupos especiales se han negado a tomar en cuenta en su labor de interpretación tratados que han sido concluidos antes que el GATT de 1947, el órgano de apelación ha dicho que es necesario leer las disposiciones del GATT, en este caso concreto se refirió al inciso g del artículo XX, a la luz de las necesidades contemporáneas y a la luz del objetivo del “desarrollo sostenible” que

¹²⁷ *Ibidem*, párrafos 7.69-7.72.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 7.72

¹²⁹ La idea es que la labor de interpretación debe tratar de aclarar cuál era la voluntad de las partes al redactar una disposición y no parece que una norma que no existía al momento de negociar una disposición pueda ayudar en esta labor.

aparece en el preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC.¹³⁰ Existen, en su opinión, conceptos cuyo contenido no es *estático*, sino *evolutivo* como los “recursos naturales agotables” y el “desarrollo sostenible”, que en el caso interpretó haciendo referencia de diversos acuerdos de protección del medio ambiente.¹³¹ De esta forma, al parecer los AMUMA posteriores a la adopción de los acuerdos abarcados pueden resultar relevantes para interpretar conceptos evolutivos como el artículo XX del GATT o el concepto de “desarrollo sostenible” del preámbulo del acuerdo OMC.

Ahora bien, si se interpreta que la mención a las normas aplicables entre *las partes* se refiere a las partes en la diferencia y se da el caso de que éstas están vinculadas a un AMUMA, el artículo 31.3.c) de la CVDT daría aún mayor fundamento a una interpretación sostenible de los acuerdos abarcados.¹³² Así, por ejemplo, ante la aplicación de una restricción comercial aplicada para lograr los objetivos de un AMUMA entre dos miembros de la OMC vinculados al acuerdo ambiental debería concluirse que, salvo prueba en contrario, las restricciones están justificadas en las excepciones ambientales del GATT o del AGCS. Esto es así ya que si las dos partes han firmado un AMUMA es porque reconocen la importancia y necesidad de adoptar medidas del recurso ambiental en cuestión. La interpretación anterior encuentra apoyo en uno de los pronunciamientos más recientes en los que la CIJ ha aplicado el artículo 31.3.c) de la CVDT. En el asunto de las *Plataformas petroleras* la CIJ sostuvo que, con base en el artículo 31.3.c) de la CVDT, otras normas de derecho internacional que se utilizan para interpretar un tratado pueden ser aplica-

¹³⁰ Informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones ...*, cit., nota 115, párrafo 129.

¹³¹ *Ibidem*, párrafo 130.

¹³² La mera existencia de un AMUMA no implica que todas las medidas comerciales que se adopten para lograr los objetivos de protección que éste establece sean consideradas multilaterales. Son multilaterales sólo las medidas comerciales expresamente requeridas por un AMUMA y siempre y cuando se apliquen entre partes en el Convenio. Las medidas que no estando requeridas se aplican entre partes, o que estando requeridas en un AMUMA se aplican a Estados que no son partes y, por último, las medidas que se adoptan para apoyar los objetivos del AMUMA pero que no están expresamente autorizadas, son consideradas medidas comerciales unilaterales. Véase Demaret, P., “TREM, Multilateralism, Unilateralism and the GATT”, en Cameron, J., et al. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, vol. I, Londres, Cameron May Ltd., 1994, pp. 52-59.

das y, por lo tanto, influir en la determinación de la legalidad de una medida.¹³³ En el caso, la CIJ utilizó las normas consuetudinarias de derecho internacional sobre el uso de la fuerza para interpretar una excepción del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consultares de 1955, que establecía que nada en el tratado impediría a las partes adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales.¹³⁴ La Corte dijo que esta excepción sólo podía justificar medidas que implicaran el uso de la fuerza en legítima defensa, previo ataque y que fueran proporcionales a los daños sufridos. De esta manera, el cumplimiento de otras normas de derecho internacional consuetudinario distintas del acuerdo cuya excepción se interpretaba fueron efectivamente introducidas por vía del artículo 31.3.c) del CVDT.¹³⁵ Si bien en los puntos resolutivos de su sentencia la CIJ únicamente dice que la medida en cuestión no se encon-

¹³³ Se trata de un caso en donde Irán reclamaba a los Estados Unidos el uso de la fuerza en contra de tres plataformas petrolíferas administradas por una compañía iraní. En opinión de Irán estos actos violaban el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consultares que vinculaba a este país con Estados Unidos y que data del año 1955. Los Estados Unidos argumentaron que estas actividades podían justificarse en una excepción que establecía, con cierta similitud del artículo XX del GATT, que nada en el tratado de 1955 impediría a las partes adoptar medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales. En lo conducente el fallo de la CIJ dice: "...under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" (Article 31, paragraph 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty...". *Cfr.* Oil Platforms (Islamic Republic of Iran vs. United States of America) (1992-2003), párrafo 41. Véase también Cannizzaro, E. y Bonafé, B., "Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case", *The European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, 2005, pp. 481-497.

¹³⁴ *Cfr.* El artículo XX.1.d) del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consultares firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955 y que entró en vigor el 16 de junio de 1957. Este documento puede ser consultado en línea en: http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html

¹³⁵ Estados Unidos alegó, sin éxito, que la Corte no tenía competencia para analizar la posible vulneración de otras normas de derecho internacional, ya que la cláusula compromisoria de la que emanaba su autoridad para conocer de la diferencia únicamente le otorgaba jurisdicción sobre la interpretación y aplicación del tratado de 1955.

traba justificada en la excepción del tratado de 1955 no cambia el hecho de que el contenido de esta excepción haya sido precisado con base en otras normas de derecho ajenas al tratado de 1955.¹³⁶

En opinión de algunos autores, en un supuesto como anterior la parte demandada podría incluso justificar la aplicación de una medida diciendo que el acuerdo ambiental constituye una modificación *inter se* de los “acuerdos abarcados”, si se han cumplido para tal efecto las exigencias del artículo 41 de la CVDT.¹³⁷ Aunque se podría pensar que las modificaciones *inter se* no pueden ser aplicadas por vía de las normas de interpretación de los tratados ya que, como hemos visto antes, en algunos casos funciona como una excepción al párrafo 5 del artículo 30 que codifica el principio de *lex posterior*. Sin embargo, lo cierto es que las modificaciones *inter se* no son una norma sobre conflictos normativos. Son simplemente una modificación de un acuerdo a través de la celebración de un segundo acuerdo entre dos partes. Por lo tanto, si una disposición obscura o vaga ha sido modificada por un acuerdo posterior entre algunas partes y precisa ser interpretada, el acuerdo que la modifica, sin duda, tendrá gran relevancia para esclarecer el contenido de sus términos.

¹³⁶ Cfr. *Oil Platforms case ...*, *cit.*, nota 133, párrafos 61, 72, 73, 76 y 78.

¹³⁷ Palmeter, D. y Mavroidis, P., “The WTO Legal System: Sources of Law...”, *cit.*, nota 46, p. 412.