

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO XI. Hacia una interpretación sostenible de las normas de la OMC | 335 |
| I. Los límites al activismo judicial en la OMC | 336 |
| 1. El alcance de la función interpretativa | 337 |
| 2. El debate sobre el activismo judicial | 339 |
| 3. El activismo judicial del OSD de la OMC y sus límites | 344 |
| II. Un nuevo enfoque para la cláusula de trato nacional del artículo III del GATT | 349 |
| 1. El propósito normativo y el concepto “producto similar” | 349 |
| 2. La necesidad de redefinir el ámbito material de aplicación del artículo III del GATT | 353 |
| III. Un cambio en la interpretación del artículo XX del GATT | 357 |
| 1. El reconocimiento de los límites y las condiciones del artículo XX del GATT | 358 |
| 2. La interpretación sostenible de los incisos <i>b</i> y <i>g</i> del artículo XX del GATT | 359 |
| 3. Los elementos para determinar cuándo la discriminación está justificada | 364 |

CAPÍTULO XI

HACIA UNA INTERPRETACIÓN SOSTENIBLE DE LAS NORMAS DE LA OMC

Hace algunos años J. Trachtman observó que, para comprender el papel de mecanismos de solución de diferencias como el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se debe reconocer que la solución de controversias no es simplemente un instrumento de aplicación neutral de las normas creadas, sino que es en sí mismo un mecanismo de legislación.¹ Precisamente en el contexto del régimen del comercio internacional, la legislación judicial o activismo judicial del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) a través de la interpretación ha elevado injustificadamente las condiciones exigidas a las medidas de protección ambiental para que puedan ser consideradas compatibles con las normas de la OMC. Este tipo de interpretaciones han creado un desequilibrio entre los intereses comerciales de la OMC y las políticas ambientales de los países miembros que precisa ser corregido para favorecer el logro del objetivo del desarrollo sostenible.

El doble objetivo de este capítulo consiste, por un lado, en analizar los límites que las normas de la OMC imponen al activismo judicial del OSD y, por otro lado, en proponer alternativas para una interpretación sostenible del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y congruente con las normas del derecho internacional público, es decir, interpretaciones que permitan evitar las medidas proteccionistas y permitan la adopción de medidas comerciales basadas en consideraciones ambientales auténticas. Así, el estudio del alcance de la función interpretativa del OSD de la OMC, el análisis del debate sobre el activismo judicial y el examen del artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en la OMC (ESD) componen los temas desarrollados en la primera parte de

¹ Trachtman, J., "The Domain of the WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 2, primavera de 1999, p. 336.

este capítulo. En la segunda parte se proponen alternativas de interpretación del artículo III del GATT centrándonos en el examen sobre la similitud de dos productos, así como la posibilidad de que éstos sean diferenciados con base en los procesos y métodos de producción. Este capítulo se cierra con una tercera parte dedicada a desarrollar algunas propuestas de interpretación que permitan rehabilitar las excepciones ambientales del GATT.

Es importante aclarar que si en este capítulo nos ocupamos principalmente del GATT y no así del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) o del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (APIC) se debe a que este acuerdo, a diferencia de los otros dos, ha sido ampliamente interpretado. No obstante, hay que decir que, en parte, los razonamientos que a continuación se exponen, particularmente los relativos al inciso *b* del artículo XX del GATT, son potencialmente aplicables al AGCS, ya que éste contiene una excepción ambiental en términos prácticamente idénticos a los utilizados por el GATT.

I. LOS LÍMITES AL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA OMC

La determinación y alcance de la norma a través de la interpretación constituye, según ha escrito C. Fernández de Casadevante, un problema previo que retrasa o condiciona su aplicación.² De este modo, precisar el sentido, fijar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades de una disposición son condiciones previas para que una instancia judicial pueda aplicarla.³ No es pues extraño que la interpretación de los “acuerdos abarcados” sea una de las funciones de los grupos especiales y del órgano de apelación de la OMC.⁴ El artículo 3.2 del ESD establece

² Fernández de Casadevante, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1996, p. 36.

³ Remiro, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 306.

⁴ El artículo 1.1 del ESD de la OMC establece que sus disposiciones serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con los acuerdos enumerados en su Apéndice 1 (denominados “acuerdos abarcados”). Entre los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 se encuentran el Acuerdo por el que se establece la OMC, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

claramente que el OSD de la OMC no sólo sirve para preservar los derechos y obligaciones de los países miembros en el marco de los acuerdos abarcados, sino también para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.⁵

1. *El alcance de la función interpretativa*

En el derecho internacional público, en donde la soberanía estatal y la autonomía de la voluntad tienen un papel preponderante, la competencia para realizar las interpretaciones de los tratados que les vinculan corresponde, en principio, a los Estados.⁶ Cuando todos los países vinculados a un tratado adoptan una interpretación de sus disposiciones se dice que ésta es una interpretación *auténtica*.⁷ En materia de interpretación, los miembros de la OMC han delegado parte de sus competencias al OSD al haber ordenado a los Grupos Especiales y al órgano de apelación la acla-

(AGCS), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Estos acuerdos pueden consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra, Secretaría del GATT, 1994.

⁵ Textualmente el artículo 3.2 del ESD dispone: "...El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados...".

⁶ Como ha escrito P. Reuter: "...Les effets du traité concernent avant tout les auteurs de l'acte: ils sont ce que les auteurs ont voulu et seulement ce qu'ils ont voulu et parce qu'ils ont voulu. C'est là, sous sa forme la plus générale, le principe fondamental de la matière; il permet de formuler immédiatement un problème que se pose dès avant l'exécution du traité: comment établir ce qu'ont voulu les parties? C'est la question de l'interprétation des traités...". Reuter, P., *Introduction au droit des traités*, 3a. ed., France, Presses Universitaires de France, 1995, p. 87. Véase también Voïcu, I., *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, París, Éditions A. Pédone, 1968, p. 73; Casanovas, O., "Unidad y pluralismo en derecho internacional público", *Cursos euromediterráneos bancaria de derecho internacional*, vol. II, 1998, p. 122.

⁷ Las interpretaciones unilaterales no se consideran auténticas salvo si son aceptadas por el conjunto de Estados obligados. Voïcu, I., *Ibidem*, p. 111.

ración de las disposiciones de los “acuerdos abarcados”.⁸ Este tipo de interpretaciones no auténticas únicamente serán vinculantes para los países involucrados en la diferencia y con relación a los hechos concretos de la misma, ya que no son interpretaciones definitivas y en principio tampoco sientan precedentes obligatorios.⁹ La Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC, por otro lado, tienen autoridad exclusiva para adoptar interpretaciones de los acuerdos abarcados. Las interpretaciones de estos acuerdos deben basarse en una recomendación del Consejo encargado de administrar el acuerdo en cuestión y requiere el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de miembros. No obstante, no necesitan ser ratificadas por todos los miembros para ser efectivas.¹⁰

Pese a no ser realizadas por los Estados obligados, las interpretaciones *jurisdiccionales* de un tratado deben centrarse en aclarar cuál era la voluntad de las partes según el sentido natural y ordinario del texto interpretado y teniendo en cuenta su objeto y fin.¹¹ La determinación de la

⁸ C. Fernández de Casadevante observa que el carácter obligatorio de las interpretaciones judiciales tiene su origen en la aceptación previa de la competencia del órgano en cuestión por las partes. Fernández de Casadevante, C., *La interpretación de las normas...*, *cit.*, nota 2, p. 62. En ese sentido, el artículo 3.1 del ESD dispone que los miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el propio ESD.

⁹ En cualquier caso, hay que decir que el ESD reconoce las interpretaciones del OSD no perjudicarán el derecho de los miembros a recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral. *Cfr.* Artículo 3.9 del ESD. La Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC, por otro lado, tienen autoridad exclusiva para adoptar interpretaciones de los acuerdos abarcados.

¹⁰ *Cfr.* Artículo IX.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1.º de enero de 1995 (*BOE*, 24 de enero de 1995, núm. 20).

¹¹ La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la opinión consultiva sobre la *Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas* precisó que la primer obligación de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es darles efecto según el sentido natural y ordinario de dichas disposiciones en su contexto. *Compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 8; véase también el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT); Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2a. ed., Manchester, University Press, 1984, pp. 114 y 115.

voluntad de las partes se facilita cuando los los términos de las normas interpretadas admiten un único significado. Los problemas se presentan cuando los jueces son llamados a interpretar normas imprecisas, ambiguas u oscuras. Este tipo de imprecisiones normativas, aunque pueden ser involuntarias, con frecuencia son deliberadas. A veces las normas se redactan en términos vagos con el fin de dotarlas de cierta flexibilidad que les permita adecuarse a situaciones cambiantes o para facilitar la cooperación internacional.¹² Por ejemplo, ciertas disposiciones negociadas en la Ronda Uruguay fueron redactadas en términos ambiguos con el fin de que admitieran distintas interpretaciones que acomodaran los intereses de la mayor parte de los Estados miembros.¹³

En la doctrina las opiniones varían sobre cómo debe proceder una instancia judicial en las diferencias que involucran una norma demasiado imprecisa o cuando existe un vacío normativo. En esencia, no hay un acuerdo sobre si la función de interpretación de las normas está limitada a una acción puramente declarativa o si, por el contrario, la interpretación implica necesariamente un acto de creación jurídica.

2. *El debate sobre el activismo judicial*

Algunos autores consideran que la creación de derecho por parte de las instancias judiciales —activismo judicial— para dotar de contenido a una norma demasiado imprecisa o para colmar un vacío normativo es un acto antidemocrático que atenta contra a la soberanía de los Estados, ya que éstos no participan en la creación de la norma y, sin embargo, son sus destinatarios.¹⁴ Este sector de la doctrina sostiene que si un juez se encuentra ante un vacío normativo o una norma demasiado imprecisa simplemente deberá limitarse a declararlo así, pronunciando un non li-

¹² Esta tendencia se aprecia con claridad en los grandes acuerdos multilaterales que precisan de un mínimo común denominador —alcanzado normalmente a través de disposiciones vagas, flexibles o que admiten distintos significados— para un gran número de intereses estatales que pugnan entre sí. Sur, S., *L'interprétation en droit international public*, París, L.G.D.J., 1974.

¹³ Steinber, R. H., "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints", *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 2, 2004, p. 253.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 257.

quet¹⁵ —que significa “poco claro”— quedando el asunto sin solución.¹⁶ En este contexto, el derecho internacional se considera un sistema normativo incompleto e impreciso.

Otros autores, por su lado, sostienen que los juzgadores internacionales tienen el deber de resolver las diferencias que le sean planteadas, incluso si la ley es incompleta o poco clara.¹⁷ En su opinión, las instancias judiciales internacionales tienen la obligación de superar las lagunas o imprecisiones en la ley ya sea aplicando los principios generales del derecho o bien a través del activismo judicial.¹⁸ En este contexto el derecho internacional se considera un sistema normativo completo o susceptible de ser completado.¹⁹ Aunque algunos países prohíben a sus tribunales

¹⁵ Bodansky, D., “*Non liquet* and the incompleteness of international law”, en Boisson de Chazournes, L. y Sands, P. (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Reino Unido, Cambridge University Press, 1999, p. 154.

¹⁶ Estos razonamientos encuentran cierto apoyo en la opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares* en donde la Corte Internacional de Justicia (CIJ) argumentó que el estado actual del derecho internacional y los elementos de hecho a su disposición no le permitían concluir si el recurso a las armas nucleares en legítima defensa estaba prohibido. En su opinión disidente la Juez R. Higgins sostuvo que la falta de decisión de la CIJ era un pronunciamiento de *non liquet*. En cualquier caso, como observó que el Juez M. Vereshchestin, la figura del *non liquet* parece referirse únicamente a los procedimientos contenciosos en los que una instancia judicial emite una decisión obligatoria y no a las opiniones consultivas que no son vinculantes. *Licéite de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, párrafo 97; *Opinión disidente de Mme. Higgins*, párrafo 7; *Déclaration de M. Vereshchetin*. Véase también Stone, J., “*Non Liquet* and the Function of Law in the International Community”, *British Yearbook of International Law*, vol. 35, 1959, pp. 124-161; Weil, P., “The Court Cannot Conclude Definitively... *Non Liquet* Revisited”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, pp. 109-119.

¹⁷ Lauterpacht, H., “Some Observations on the Prohibition of “*Non Liquet*” and the Completeness of the Law”, en Koskenniemi, M., *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate Publishin Ltd., 2000, p. 438.

¹⁸ El artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, que entre otras fuentes prevé la posibilidad de la aplicación de los principios generales del derecho, en opinión del Juez S. M. Schwebel, fue redactado para evitar los pronunciamientos de *Non Liquet*. *Cfr.* CIJ *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel*.

¹⁹ Esta doctrina descansa en parte en el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto *Lotus* en el que declaró que las limitaciones a la independencia de los Estados no se presumen. En opinión de estos autores esto equivale a decir que todo lo que no está prohibido en el derecho internacional está permitido. El argumento es que este “principio residual negativo” permite a los tribunales internacionales

nacionales negarse a resolver una diferencia argumentando una deficiencia normativa, no está claro que un deber similar exista en el ámbito internacional.²⁰

En realidad, la respuesta al debate expuesto no parece encontrarse en uno solo de los dos planteamientos expuestos. Por un lado, es difícil sostener que las instancias judiciales internacionales tengan competencia para superar cualquier vacío normativo creando derecho. En ausencia de normas aplicables, los jueces internacionales no deberían atribuirse competencias legislativas que no les han sido expresamente conferidas por los Estados y, por lo tanto, la posibilidad de declarar un *non liquet* debería ser reconocida.²¹ No obstante, una prohibición total del activismo judicial tampoco es aceptable, pues incluso las normas más detalladas habitualmente precisan de cierta creatividad interpretativa por parte de las instancias judiciales que habrán de aplicarlas.²² Después de todo, debe reconocerse que, como ha escrito O. Casanovas y la Rosa, el poder de creación del derecho por los jueces es, hasta cierto punto, inevitable.²³ Así parece confirmarlo la práctica de los tribunales internacionales en donde el activismo judicial no es infrecuente, particularmente tratándose de tribunales de competencia obligatoria como el Tribunal de Justicia de

les superar cualquier vacío normativo imposibilitando el pronunciamiento de un *Non liquet*. Véase *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I., série A- n° 10*, p. 18. Spierman, O., “Lotus and the Double Structure of International Legal Argument”, en Boisson de Chazournes, L. y Sands, P. (eds.), *International Law...*, *cit.*, nota 15, p.133.

²⁰ Stone, J., *op. cit.*, nota 16, p. 145; Bodansky, D., “*Non liquet* and the incompleteness of international law...”, *cit.*, nota 15, pp. 167 y 168.

²¹ Koskenniemi, M., “The Silence of Law/The Voice of Justice”, en Boisson de Chazournes, L. y Sands, P. (eds.), *International Law...*, *cit.*, nota 15, p. 489; 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. 152; Casanovas, O., “Unidad y pluralismo...”, *cit.*, nota 5, p. 128.

²² En palabras de D. Bodansky permitir que los jueces únicamente apliquen la ley prohibiendo en todos los casos una labor creativa haría del *non liquet* la regla y no la excepción. Bodansky, D., “*Non liquet* and the incompleteness of international law...”, *cit.*, nota 15, p. 168.

²³ Casanovas, O., *op. cit.*, nota 5, p. 128. Véase también Ginsburg, T., “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, primavera 2005, p. 635; Shahabuddeen, M., *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 232.

las Comunidades Europeas o el propio OSD de la OMC.²⁴ En cualquier caso, el activismo judicial sin límites no es aceptable en ninguna instancia judicial internacional. Además de las deficiencias democráticas ya apuntadas, J. Stone ha observado que el activismo judicial sistemático crea el riesgo de que los tribunales internacionales pierdan legitimidad y con ello la confianza de los Estados, ya que no existe en el orden internacional una instancia con competencias para corregir los errores judiciales.²⁵

En algunos casos, cómo veremos más adelante, los límites al activismo judicial están expresamente identificados en el mandato conferido a la instancia judicial.²⁶ En tal caso, la legitimidad de los desarrollos normativos por los jueces internacionales puede ser valorada examinando si los límites establecidos han sido respetados. Por otro lado, cuando estos límites no son expresos, como han observado L. Boisson de Chazournes y S. Heathcole, no es fácil establecerlos.²⁷ No obstante, podemos decir que, ya que en esencia la legitimidad de las instancias judiciales deriva del instrumento que las ha creado y de las partes que han aceptado someterse a sus decisiones, la legitimidad del activismo judicial, si excede el ámbito de competencias que le han sido conferidas, es más que cuestionable.²⁸ Para valorar si una instancia judicial está actuando dentro del ámbito de sus competencias convendría tener en cuenta los límites que en otros contextos se imponen para el ejercicio de competencias que no han sido otorgadas de forma expresa, como las competencias implícitas de las Organizaciones internacionales —aunque no sean aplicables directamente—.²⁹ Es en el derecho comunitario donde la doctrina de los pode-

²⁴ Keohane, R. O. *et al.*, “Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational”, *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000, pp. 461 y 462; Steinber, R. H., “Judicial Lawmaking at the WTO...”, *cit.*, nota 13, p. 257. La CIJ también ha sido judicialmente activa. Véase Pair, L. M., “Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, otoño 2001, pp. 181-221.

²⁵ Stone, J., “Non Liqueur and the Function of Law...”, *cit.*, nota 16, p. 152.

²⁶ Van der Vyver, J. D., “The International Criminal Court and The Concept of Mens REA In International Criminal Law”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 12, verano de 2004, p. 148.

²⁷ Boisson de Chazournes, L. y Heathcole, S. “The Role of the New International Adjudicator”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 25, abril 2001, p. 137.

²⁸ Pair, L. M., “Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, otoño 2001, pp. 181-221.

²⁹ Según el derecho internacional, las organizaciones internacionales son poseedoras no sólo de las competencias expresamente enunciados en sus tratados constitutivos

res implícitos ha sido más desarrollada. En este contexto, las competencias implícitas de los órganos de la comunidad sólo pueden ser utilizadas para alcanzar los objetivos generales de la Comunidad o de la disposición específica que desea aplicar, y sólo en la medida en que sean necesarias para lograr el objetivo deseado. Los excesos en el ejercicio de estas facultades no expresadas se evitan, en parte, con los límites establecidos en relación con los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad* en los que se exige a la Comunidad, por un lado, que tenga en cuenta la dimensión regional y local de sus actos, por otro lado, la reducción al mínimo de las cargas de todo tipo que puedan recaer en los Estados, en la Unión o en los ciudadanos y, por último, velar porque que la medida adoptada sea proporcional al objetivo que se desea.³⁰ Parece razonable, por tanto, esperar que los jueces internacionales, que se vean en la necesidad de desarrollar una norma ambigua u oscura, tengan en cuenta el posible impacto político de sus decisiones y procuren que sus desarrollos normativos no excedan de lo estrictamente necesario para cumplir la labor de resolver la diferencia en cuestión, reduciendo al mínimo las posibles cargas resultantes para los Estados. Adicionalmente, si la instancia judicial forma parte de un régimen especializado con objetivos y fines

—competencias expresas—, sino también de aquéllas que son necesarias y esenciales al ejercicio de las funciones de ésta —competencias implícitas—. Véase *CIJ: Réparation des dommages subis au service des Nations Unives*, Avis consultatif du 11 avril 1949, Recueil 1949. También *CIJ Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 de julio de 1996, Recueil 1996; Díez de Velasco, M., *Las Organizaciones internacionales*, 14a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 133-134.

³⁰ En los ámbitos en los que no sean de su competencia exclusiva, la comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Conforme al principio de proporcionalidad ninguna acción en el ejercicio de las competencias de la Unión puede excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. Por otro lado, en virtud de la doctrina de los poderes implícitos, las competencias comunitarias no sólo son aquéllas que le han sido expresamente conferidas en su tratado constitutivo sino también todas aquellas que, sin ser expresadas, son necesarias para el cumplimiento de los objetivos del Tratado. Cfr. Artículos 5o. y 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (*DOUE* C325 de 24 de diciembre de 2002). Véanse también los artículos 2o. y 5o. del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Para un análisis doctrinal véase Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 110-123.

propios, por ejemplo, el OSD de la OMC, cabría esperar que los desarrollos normativos respeten estos objetivos y fines.³¹ Estudios recientes demuestran que, dependiendo de las características de la instancia judicial en cuestión, las consecuencias de un exceso en el activismo judicial podrían ser, entre otras, que los Estados inconformes con la decisión no la cumplan, revoquen la aceptación de su competencia para que tenga efectos en futuras controversias o, si esto no es posible, públicamente manifiesten su oposición con la intención de minar la confianza que les tienen otros Estados o, bien, que los sustituyan por una nueva instancia judicial.³²

De lo hasta ahora expuesto se desprende que el problema no es el activismo judicial en sí mismo, sino el establecimiento de límites aceptables por los Estados y su cumplimiento por parte de los jueces internacionales. En la OMC los límites al activismo judicial están claramente establecidos en el ESD. Antes de ocuparnos de ellos conviene mencionar que el OSD no puede pronunciar un *non liquet*. Esto no se debe, como sostienen algunos autores, a que exista un deber de resolver todas las diferencias que les sean planteadas incluso si no existe una norma aplicable, sino porque su jurisdicción substantiva está limitada a los acuerdos abarcados. Como observa J. Pauwelyn, si no hay una norma aplicable a la diferencia en los acuerdos abarcados entonces el OSD ni siquiera tiene jurisdicción para declarar un *non liquet*.³³

3. *El activismo judicial del OSD de la OMC y sus límites*

El artículo 3.2 del ESD de la OMC establece que el OSD sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Para T. Ginsburg, al ordenar aclarar disposiciones oscuras o vagas en los acuerdos abarcados, el artículo 3.2 equivale a una delegación implícita de competencias legislativas a favor del OSD.³⁴ No obstante, esta disposición impone ciertos límites al precisar que las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar

³¹ Pair, L. M., "Judicial Activism in the ICJ...", *cit.*, nota 28, p. 218.

³² Ginsburg, T., *op. cit.*, nota 23, pp. 658-665.

³³ Pauwelyn, J., *op. cit.*, nota 21, pp. 152 y 153.

³⁴ Ginsburg, T., *op. cit.*, nota 23, p. 643.

el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. En opinión de J. Jackson, el hecho de que el ESD prohíba aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC demuestra que éstos no desean un OSD judicialmente demasiado activo.³⁵ Por otro lado, existe la limitación adicional de que las interpretaciones de los acuerdos abarcados se realizasen con base en las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. En suma, la prohibición de aumentar o disminuir los derechos de los miembros y la exigencia de aplicar las normas usuales de interpretación del derecho internacional público son los dos límites que encuentra el activismo judicial del OSD en la OMC.

En el capítulo anterior observamos que, aunque el artículo 3.2 del ESD no hace referencia expresa a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (CVDT), el órgano de apelación de la OMC ha dicho que las normas consuetudinarias de interpretación incluirían el artículo 31 de la CVDT³⁶ y en algunas ocasiones también ha hecho referencia al artículo 32.³⁷ Ahí también mencionamos que la regla general 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 y fin.³⁸ El primer párrafo del Acuerdo por el que se establece la OMC (Acuerdo OMC) enumera como objetivos de esta organización el elevar los niveles de vida, facilitar el

³⁵ Jackson, J., "Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization", *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, p. 830. En el mismo sentido Ragosta, J. et al., "Symposium: The United States, the Doha Round and the WTO-Where Do We Go from Here?", *The International Lawyer*, vol. 37, otoño 2003, p. 708. El activismo judicial del OSD de la OMC ha sido criticado por algunos países. Véase el acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard el 23 de octubre de 2002, OMC Doc. WT/DSB/M/134, 29 de enero de 2003, párrafo 62.

³⁶ Informe del órgano de apelación en el 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.

³⁷ 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.

³⁸ Así lo ha confirmado la CIJ en el *Asunto del templo de Préh Vihear*. Véase CIJ, *Recueil 1961*, p. 32

pleno empleo, aumentar los ingresos reales de los miembros, así como la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y la protección y preservación del medio ambiente.³⁹ Esto quiere decir que los acuerdos abarcados deben ser interpretados no sólo conforme al sentido ordinario de sus términos, sino también teniendo en cuenta el objetivo del desarrollo sostenible.⁴⁰

Sin embargo, las limitaciones que impone el ESD y la CVDT no siempre han sido cumplidas. Como hemos podido observar en capítulos anteriores, los grupos especiales del GATT de 1947 se caracterizaron por realizar interpretaciones poco textuales del artículo III, particularmente del examen sobre la similitud de dos productos,⁴¹ y de los incisos *b* y *g* del artículo XX del Acuerdo General a los que añadieron condiciones artificiales que ninguna medida de protección ambiental logró satisfacer.⁴² Con

³⁹ Cfr. Preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁴⁰ El propio órgano de apelación así lo ha reconocido. Véase el informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*, OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párrafo 153.

⁴¹ La forma en que se analiza la similitud de dos productos en el contexto del artículo III puede influir en la interpretación que se hace de este concepto en el contexto del artículo I del Acuerdo General. Por otro lado, el ámbito material de aplicación del artículo XI puede verse limitado si se permite considerar que dos productos que difieren únicamente en sus procesos y métodos de producción no son productos similares. Véase en este estudio los capítulos V y VI. Véase también Howse, R. y Regan, D. “The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 249-289; Regan, D., “Regulatory Purpose and “Like Products” in Article III:4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2)”, *Journal of World Trade*, vol. 36, núm. 3, junio de 2002, pp. 443-478; Peel, J., “Confusing Product with Process: A Critique of the Application of the Product-Based Test for Environmental Process Standards in the WTO”, *New York University Environmental Law Journal*, vol. 10, 2002, pp. 217-244.

⁴² Cfr. el informe del grupo especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Prohibición a las importaciones de atún y productos de atún procedentes de Canadá*, GATT Doc. L/5198, adoptado el 22 de febrero de 1982, 29S/97. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Canadá – Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*, GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos e impuestos internos sobre cigarrillos*, GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún de 1991*, GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Informe no adoptado). Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún de 1994*, GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994 (Informe no adoptado).

la formación de la OMC la solución de controversias aparentemente sufrió una evolución positiva, particularmente con relación a la interpretación de los incisos *b* y *g* del artículo XX. El órgano de apelación con un enfoque de interpretación literal de estas excepciones eliminó algunas de las condiciones que habían sido añadidas por los Grupos Especiales. De este modo, todas las medidas analizadas en controversias posteriores a la creación de la OMC han logrado satisfacer sin demasiadas complicaciones las condiciones establecidas en los incisos *b* y *g* del artículo XX. Sin embargo, el órgano de apelación únicamente trasladó los problemas de los incisos *b* y *g* al preámbulo del artículo XX, ya que, al más puro estilo de los grupos especiales del GATT de 1947, ha añadido a sus condiciones exigencias adicionales que no tienen fundamento en el texto Acuerdo General.⁴³

Este tipo de interpretaciones hace que en la práctica sea difícil que las medidas de protección ambiental cumplan con las condiciones que el órgano de apelación ve escritas en el artículo III y en el preámbulo del artículo XX. Indicativo de esta situación es el hecho de que sólo una medida, de nueve examinadas en el marco del Acuerdo General en donde se invocaron los incisos *b* o *g* como justificación, ha logrado beneficiarse como excepción.⁴⁴ Al incrementar injustificadamente las condiciones necesarias para que una medida pueda considerarse una excepción ambiental, el órgano de apelación no sólo ha ido en contra del objetivo del desarrollo sostenible violando el artículo 31.1 de la CVDT, sino que además ha disminuido los derechos de los miembros vulnerando la prohibición que en ese sentido contiene el artículo 3.2 del ESD. Por otro lado, existe el peligro de que este tipo de interpretaciones influyan y debiliten las excepciones ambientales del artículo XIV del AGCS, ya que esta disposición reproduce con fidelidad parte de las excepciones ambientales del GATT. Más aún, este tipo de interpretaciones puede dificultar la justifi-

⁴³ Véase el capítulo VI en este estudio. Véase también Gaines, S., “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 22, invierno de 2001, pp. 739-823; Mcrae, D., “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Gran Bretaña, Kluwer Law International, 2000, pp. 219-236.

⁴⁴ Véase Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R de fecha 12 de marzo de 2001.

cación de las medidas comerciales adoptadas en el marco de un AMUMA, ya que ninguna norma de los acuerdos abarcados establece que éstas deben recibir un trato distinto al que reciben las medidas unilaterales de los Estados miembros.⁴⁵

Ahora bien, J. Bacchus asegura que no se deben exagerar los efectos negativos de las interpretaciones del órgano de apelación, ya que éstas tienen un alcance limitado a la diferencia en la que fueron realizadas.⁴⁶ Este razonamiento aparentemente encuentra apoyo en el hecho de que formalmente en la OMC no se sigue el principio *stare decisis* como en algunos sistemas jurídicos domésticos de la *common law*; es decir, las interpretaciones individuales de los acuerdos abarcados por el OSD no crean precedentes obligatorios para las futuras diferencias. A esto se podría agregar que el OSD no tiene competencias para adoptar interpretaciones definitivas de los acuerdos abarcados, ya que ésta es una facultad que tiene en exclusiva la Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC.⁴⁷ Sin embargo, en la práctica, las interpretaciones de los acuerdos abarcados realizadas en diferencias previas juegan un papel central en las decisiones del órgano de apelación hasta el punto de que algunos autores, como R. Bhala, sostienen que en la OMC se cumple *de facto* con el principio de *stare decisis*.⁴⁸ En efecto, el órgano de apelación rara vez se aparta de la forma en que ha interpretado previamente una disposición. Así, el valor de precedente de las interpretaciones realizadas por el órgano de apelación no debe en ningún caso minimizarse.

En el contexto que nos ocupa es particularmente importante evitar las interpretaciones del Acuerdo General que no tienen fundamento en su texto o que van en contra del objetivo del desarrollo sostenible. A conti-

⁴⁵ Sobre la influencia en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente de las interpretaciones que los grupos especiales y el órgano de apelación han realizado sobre las excepciones ambientales del artículo XX véase B. Condon, "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, primavera de 2002, pp. 535-536.

⁴⁶ Véase "Appellate Body Chair Dismisses Charges of Exceeding Mandate", en *Inside U.S. Trade*, mayo 31, 2002.

⁴⁷ Véase el artículo IX.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁴⁸ Bhala, R., "The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)", *American University International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 936; Bhala, R., "The Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in the WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)", *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2001, pp. 873-978.

nuación proponemos algunas alternativas de interpretación sostenible del Acuerdo General. Conviene destacar que, debido a que muchas disposiciones que se comentan adolecen de imprecisión, cierto activismo judicial del OSD puede ser requerido. No obstante, las alternativas de interpretación que se proponen quedan comprendidas dentro de los límites establecidos por el ESD y la CVDT.

II. UN NUEVO ENFOQUE PARA LA CLÁUSULA DE TRATO NACIONAL DEL ARTÍCULO III DEL GATT

En el capítulo quinto pudimos observar que la interpretación del artículo III del Acuerdo General presenta dos obstáculos para la adopción de medidas comerciales de protección ambiental: primero, en la determinación de la similitud de dos productos no se tiene en cuenta si existe una motivación ambiental legítima no proteccionista que permita diferenciar a las mercancías⁴⁹ y, segundo, se consideran generalmente fuera del ámbito material del artículo III los reglamentos basados en los procesos de producción no relacionados con los productos.⁵⁰ Las diferencias que surjan con base en estos reglamentos serán resueltas aplicando el XI del Acuerdo General, donde serán consideradas violaciones *prima facie* de esta disposición. Estas interpretaciones pueden ser fundamento para que una medida comercial adoptada en el marco de un AMUMA sea declarada inconsistente con el GATT.

1. *El propósito normativo y el concepto “producto similar”*

Una vez que dos productos son designados similares cualquier diferencia de trato, por ejemplo para proteger el medio ambiente, resulta in-

⁴⁹ Aunque no hay criterio único para determinar la similitud de dos productos, por lo general, se considera la relación de competencia entre las mercancías, el uso final de un producto en un mercado determinado, los gustos y hábitos del consumidor; las propiedades físicas, calidad y naturaleza del producto, y la clasificación arancelaria. Los efectos ambientales no forman parte de los criterios válidos para determinar la similitud de dos mercancías. Véase Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*, GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970.

⁵⁰ Informe del grupo especial del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún...*, *cit.*, nota 42, párrafo 5.13.

compatible con el artículo III.⁵¹ Desde una perspectiva ambiental el problema es que el artículo III, en su interpretación actual, no permite que dos productos que difieren únicamente en sus efectos ambientales reciban un trato comercial distinto, aunque la discriminación entre éstos atienda a preocupaciones ambientales reales no proteccionistas. La propuesta interpretativa del artículo III de los partidarios de la *doctrina de los objetivos y efectos* facilitaría lograr un equilibrio entre las preocupaciones comerciales y ambientales.

La *doctrina de los objetivos y efectos* aboga por una interpretación textual del concepto “producto similar” que lleve a concluir que dos mercancías no son similares si la diferencia normativa atiende a motivaciones ambientales reales no proteccionistas.⁵² Esta interpretación protege los intereses comerciales al ilegalizar las medidas proteccionistas, al mismo tiempo que respeta las políticas ambientales legítimas de los países miembros. El examen de la legitimidad o ausencia de motivaciones proteccionistas debería hacerse a través del estudio del propósito normativo, es decir, de la buena fe subyacente en la aplicación de una medida. Cuando se habla de estudiar el propósito normativo estos autores no se refieren a indagar los impulsos colectivos (intención subjetiva) de los legisladores en el momento de aprobar una determinada ley, más bien se refieren al examen de la evidencia objetiva que pueda ayudar a determinar el motivo subyacente de la restricción comercial (intención objetiva), por ejemplo, la historia legislativa, las actas de congreso, las declaraciones, etcétera.⁵³

El análisis de la buena fe puede ser efectivamente introducido en el estudio sobre la similitud de dos productos a través de la interpretación textual de los términos del artículo III. En el sentido ordinario de la palabra, dos productos son similares si comparten ciertas características importantes para el propósito de comparación. Ahora bien, el propósito del

⁵¹ Véase Informe del grupo especial del caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, GATT Doc. DS23/R – 39S/242 M, adoptado el 19 de junio de 1992, párrafo 5.72.

⁵² Hudec, R., “GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, *The International Lawyer*, vol. 32, núm. 3, otoño de 1998, p. 627; Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process ...”, *cit.*, nota 41, pp. 260-261.

⁵³ Hudec, R., “GATT/WTO Constrains on National Regulation...”, *cit.*, nota 52, pp. 631 y 632. También Regan, D., “Regulatory Purpose and “Like Products” ...”, *cit.*, nota 41, pp. 458-464.

artículo III queda establecido en su primer párrafo, que dispone que las medidas fiscales y reglamentarias interiores no deben ser utilizados de forma proteccionista. En esta línea de ideas, una interpretación del concepto “producto similar” a la luz del primer párrafo del artículo III debería llevar a concluir que lo que similar significa es no diferir en ningún aspecto que justifique un trato comercial distinto no proteccionista. Así, si un producto es diferenciado de otro por sus efectos ambientales no será contrario al artículo III, a menos que la preocupación ambiental sea falsa y se pretenda en realidad otorgar protección a los productores nacionales.⁵⁴

Las interpretaciones del órgano de apelación parecen moverse poco a poco en esta dirección, aunque aún falta coherencia en sus decisiones. El órgano de apelación reconoce que el principio general del párrafo 1 del artículo III —que prohíbe el proteccionismo— es el contexto para interpretar el resto del artículo III, incluido el concepto “producto similar”.⁵⁵ No obstante, parece contradecir el sentido de otras decisiones en las que afirma que para garantizar que una medida cumpla con el primer párrafo del artículo III no es necesario un análisis separado que estudie si la restricción comercial es aplicada de forma proteccionista. En su opinión, basta un análisis de la similitud de dos productos y un estudio de si se han aplicado impuestos superiores a los productos importados que a los nacionales.⁵⁶

Para introducir el cambio interpretativo que proponen los partidarios de la *doctrina de los objetivos y efectos*, el órgano de apelación sólo tendría que ser coherente con la afirmación de que el principio general del párrafo 1 sirve para interpretar el concepto “producto similar” y considerar el propósito normativo en el examen sobre el proteccionismo.⁵⁷

⁵⁴ R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction...”, *cit.*, nota 41, p. 261.

⁵⁵ Véase Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R de fecha 12 de marzo de 2001, p. 41.

⁵⁶ Véase el Informe del órgano de apelación caso *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*, OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R de 4 de octubre de 1996, párrafo H. 1. En opinión del órgano de apelación el objetivo trazado en el artículo III.1 se protege de forma implícita cuando se analiza si los productos son o no “similares”, y si lo son, si se han aplicado impuestos superiores a los productos importados que a los productos nacionales similares.

⁵⁷ Cabe mencionar que en otro asunto más reciente, el órgano de apelación determinó que dos productos que diferían únicamente en los impactos sobre la salud de las per-

A. *La buena fe en la aplicación del primer párrafo del artículo III*

A diferencia de lo que sucede en la interpretación del concepto “producto similar”, el órgano de apelación en el análisis de los conceptos “productos competidores o sustitutos” de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III, reconoce que es necesario analizar si la medida es proteccionista como lo dispone el primer párrafo del artículo III.⁵⁸ Sin embargo, el equilibrio entre los intereses comerciales y ambientales en este caso no se logra principalmente a causa del inadecuado enfoque que adopta el órgano de apelación al examinar si una medida es o no proteccionista. Para el órgano de apelación, aunque una medida comercial aplicada para proteger el medio ambiente haya sido adoptada de buena fe, es decir, sin intenciones proteccionistas, si tiene el efecto de afectar más a los productos extranjeros que a los domésticos será considerada proteccionista y, por lo tanto, contraria al Acuerdo General.⁵⁹ Siendo que, por definición, una restricción comercial —justificada o no— tendrá el efecto de suprimir la demanda del producto extranjero incitando invariablemente una mayor producción doméstica de productos sustitutivos, los razonamientos del órgano de apelación servirían para descalificar prácticamente toda medida comercial de protección ambiental.⁶⁰ Esta forma de analizar el proteccionismo favorece los intereses comerciales sobre los de protección ambiental. Si el órgano de apelación en la interpretación del párrafo 1 del artículo III considerara el estudio del propósito normativo en la forma sugerida anteriormente podría lograrse un equilibrio adecuado entre estos intereses.

sonas no eran productos similares para los efectos del artículo III del Acuerdo General. Entre estos productos un trato comercial distinto se consideró justificado, ya que no había motivaciones proteccionistas implicadas. Parece no haber razón para que los efectos ambientales no sean considerados en la misma forma que los efectos en la salud al determinar la similitud de dos productos. Véase Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, cit., nota 55, p. 64.

⁵⁸ Véase el Informe del órgano de apelación caso *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*, OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R de 4 de octubre de 1996, párrafo H.2.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo H.2. c).

⁶⁰ Atik, J., “Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, vol. 9, p. 8.

B. *La protección del medio ambiente como un derecho positivo en el GATT*

En su forma actual, las normas del SMC, a efectos de proteger el medio ambiente, proveen básicamente derechos negativos a sus miembros; es decir, establecen en su artículo XX excepciones de las obligaciones generales que pueden relacionarse con la protección del medio ambiente. La propuesta de interpretación del artículo III antes mencionada, pretende introducir en las normas substantivas del GATT derechos positivos de protección del medio ambiente que tendrían importantes consecuencias de orden procesal. Actualmente los países que invocan el artículo XX tienen la difícil carga de probar que se cumplen todas las condiciones en él establecidas. En el supuesto de que la interpretación del concepto “producto similar” diera derecho a discriminar entre dos productos por sus distintos impactos en el medio ambiente —como se ha sugerido— no sería necesario recurrir al artículo XX en todos los casos. Por el contrario, en caso de que surgiera alguna diferencia, el país que argumentará violación a sus derechos derivados del Acuerdo General sería el que tendría que demostrar que, a pesar de los distintos efectos en el medio ambiente, la discriminación no está justificada.⁶¹

2. *La necesidad de redefinir el ámbito material de aplicación del artículo III del GATT*

Hasta el momento, las interpretaciones del artículo III del Acuerdo General no permiten discriminar entre productos con base en consideraciones que no afectan a sus características físicas, tales como los métodos y procesos de producción. Por un lado, el problema es que el ámbito material de aplicación del artículo III se limita a los reglamentos internos. Los grupos especiales han dicho que, por virtud de la nota interpretativa del artículo III, sólo las leyes que se apliquen a los productos nacionales y extranjeros como tales pueden ser reglamentos internos.⁶² En

⁶¹ Ziegler, A., “WTO Rules Supporting Environmental Protection”, en Weiss, F. *et al.* (eds.), *International Economic Law With Human Face*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 221 y 222.

⁶² Informe del grupo especial del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún...*, *cit.*, nota 42, párrafo 5.13.

otras palabras, las leyes que regulen los métodos y procesos de producción no son reglamentos internos, aunque se apliquen a los productos nacionales y extranjeros por igual. Por otro lado, una restricción comercial del tipo mencionado, que adopte la forma de impuesto violaría el párrafo 2 del artículo III y, si se basa en una ley o reglamento interno, violaría el párrafo 4 de esta misma disposición. El razonamiento utilizado para llegar a las conclusiones anteriores es que el artículo III hace referencia en repetidas ocasiones al término “producto”, de modo que no permite la discriminación basada en consideraciones que no afecten a los *productos como tales*.⁶³ Esta interpretación impide que los gobiernos apliquen a los productos importados los impuestos y reglamentos que aplican a los productos domésticos con el fin de inhibir prácticas productivas con efectos negativos en el medio ambiente sin que se declare una violación del artículo III del Acuerdo General. Es importante destacar que este tipo de medidas son particularmente necesarias cuando, en ausencia de cooperación internacional, se trata de proteger el medio ambiente global no sujeta a la jurisdicción exclusiva de los Estados.

El único camino que quedaría a los Estados que buscan aplicar una restricción basadas en los procesos no relacionados con los productos por motivos ambientales, sería invocar el artículo XX. Esto implicaría que el país importador tendría la difícil tarea de probar que la medida en cuestión satisface los límites y condiciones del artículo XX, según la interpretación restrictiva que de sus términos realizan los grupos especiales y el órgano de apelación.

A. Las medidas basadas en los procesos de producción en el artículo III del GATT

No está claro que el texto del artículo III prohíba las medidas basadas en los procesos y métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos.⁶⁴ De hecho, el texto del artículo III contiene ciertas frases que permitirían a los grupos especiales llegar a la conclusión contraria. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo III dispone, entre

⁶³ *Ibidem*, párrafo 5.11.

⁶⁴ Charnovitz, S., “The Law of Environmental “PPMS” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, invierno de 2002, pp. 77 y 78.

otras cosas, que los impuestos, reglamentos y prescripciones que afectan a la venta, la oferta para la venta o la compra de productos no deberán aplicarse a los productos importados de forma que se proteja a la producción nacional. Algunos autores sostienen que una interpretación literal de la frase “afectan a la venta de productos” comprende cualquier impacto perjudicial a la venta de productos.⁶⁵ Una restricción comercial, incluidas las que se basan en los procesos o métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos, tiene por efecto principal impedir o por lo menos encarecer la venta de los productos sujetos a la restricción comercial. En ese sentido, el impuesto o reglamento en que esté basada la restricción comercial de los productos cuyos procesos de producción perjudican al medio ambiente, sin duda afectará a la venta de los productos y, por lo tanto, podría encontrarse comprendida dentro de las medidas a las que hace referencia el primer párrafo del artículo III.⁶⁶ Esta interpretación permitiría comprender en el ámbito material de la nota interpretativa del artículo III los reglamentos aplicados en la frontera basados en los procesos o métodos de producción, evitando que sean remitidos al artículo XI, en donde serían considerados violaciones *prima facie* del GATT, haciendo depender su legalidad del artículo XX.

Partiendo de la base de que el artículo III no contiene una prohibición al uso de las restricciones comerciales basadas en los procesos o métodos de producción, parece no haber razón para hacer depender la justificación de este tipo de medidas del cumplimiento de las condiciones del artículo XX, cuando esta disposición es interpretada de forma tan restrictiva. Es preferible, por lo tanto, que el artículo III dé un sentido literal a sus términos, de modo que se reconozca que esta disposición no contiene una prohibición *a priori* de las medidas basadas en los procesos o méto-

⁶⁵ Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process Distinction...”, *cit.*, nota 41, p. 252. Hudec, R., “The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence”, en Broekers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 194. En contra Gaines, S., “Process and Production Methods...”, *cit.*, pp. 412-421. Jackson, J., “Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 303-307.

⁶⁶ Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process Distinction...”, *cit.*, nota 41, pp. 454-456.

dos de producción que no afectan a las características físicas de los productos.

B. Los límites a las medidas basadas en los procesos y métodos de producción

Una interpretación del artículo III que no prohíba el uso de las restricciones comerciales basadas en los procesos y métodos de producción que no afectan a las características físicas de los productos no tiene que ser necesariamente un cheque en blanco para el uso de restricciones comerciales de protección ambiental, ya que su legalidad seguiría dependiendo de si son o no proteccionistas.⁶⁷ En este contexto, las medidas que se adopten por razones económicas deberán prohibirse. Por ejemplo, el artículo III debe prohibir la aplicación de restricciones del tipo que nos ocupa cuando el país importador pretende contrarrestar una ventaja competitiva de los productos importados, generada por el aumento en los costos de producción de los productores nacionales en razón del cumplimiento de una ley de protección ambiental que regula los procesos de producción (nivelación del campo de juego).⁶⁸ En este supuesto, el propósito de la medida no es la protección ambiental, sino proporcionar protección a los productores nacionales frente a la ventaja competitiva considerada injusta.

Por otro lado, las medidas que discriminan entre productos con motivo de su nacionalidad u origen también pueden hacer surgir dudas sobre la legitimidad de los motivos subyacentes en la adopción de la restricción comercial, ya que si son los métodos de producción los que se consideran perjudiciales para el medio ambiente, no parece haber razón para que la restricción comercial se formule en términos de países. Por este motivo, las restricciones comerciales deben ser, en la medida de lo posible, neutrales con el origen, de forma tal que sólo los productores que utilicen los métodos de procesos de producción que sean considerados inadecuados desde un punto de vista ambiental sean sujetos a la restricción en cuestión.

⁶⁷ Véase el artículo III.1 del GATT.

⁶⁸ Charnovitz, S., "The Law of Environmental "PPMS" ...", *cit.*, p. 106. Véase también Hudec, R., "Differences in National Environmental Standards: the Level-Playing-Field dimension", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 5, invierno de 1996, p. 11.

Adicionalmente, la práctica indica que las medidas comerciales neutrales respecto del origen, para evitar ser tildadas de proteccionistas, deberán estar formuladas en términos de estándares de desempeño, evitando los estándares de diseño. Los estándares de diseño identifican un bien ambiental a proteger, establecen un nivel de protección y además el método ineludible por el que los Estados deben lograr el nivel de protección del objetivo ambiental para poder exportar sus productos al país que impone la medida. Por otro lado, los estándares de desempeño son más flexibles, identifican un bien ambiental a proteger, también identifican el nivel de protección que consideran adecuado pero, a diferencia de los estándares de diseño, los miembros pueden elegir los medios para lograr el nivel de protección elegido por el país que aplica la medida.⁶⁹

III. UN CAMBIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

En un momento se pensó que si se lograba introducir la consideración del propósito normativo en el artículo III en la forma propuesta por los partidarios de la *doctrina del análisis de los objetivos y efectos* se privaría de utilidad al artículo XX. Se dijo, por ejemplo, que si en una medida se encontraban motivaciones proteccionistas, se violaría el artículo III, pero también el XX, en donde no podría justificarse por ser una restricción encubierta al comercio. Por otro lado, si en la medida no se encontraban motivaciones proteccionistas, la restricción comercial quedaría amparada por el artículo III, sin necesidad de ser remitida al artículo XX.⁷⁰

Ahora bien, no es del todo cierto que al considerar el propósito normativo en el artículo III se prive utilidad al artículo XX, pues aún podría ser aplicable en la violación de los artículos I y XI en donde el propósito normativo no juega ningún papel o en los casos en los que las restricciones impliquen discriminación de origen o de sanciones.⁷¹ Sin duda, lograr un equilibrio entre los objetivos comerciales y ambientales, inde-

⁶⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁷⁰ *Informe del grupo especial del caso Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas...*, *cit.*, párrafo 6.17.

⁷¹ Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process Distinction...”, *cit.*, nota 41, pp. 454-456. Véase también informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Euro-peas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 55, pp. 51-52.

pendientemente de los cambios en la interpretación del artículo III, se vería facilitado si se eliminaran los obstáculos que impiden el buen funcionamiento del artículo XX.

1. *El reconocimiento de los límites y las condiciones del artículo XX del GATT*

En el capítulo sexto observamos que, en la práctica, el artículo XX se interpreta restrictivamente a consecuencia de que sus excepciones son consideradas limitadas y condicionadas a las obligaciones sustantivas contenidas en el Acuerdo General.⁷² En esta línea de ideas, el órgano de apelación precisó que para evitar el abuso de las excepciones es necesario ubicar una línea de equilibrio entre el derecho del país importador a invocar las excepciones del artículo XX y los derechos de los miembros exportadores conformes a las normas sustantivas del Acuerdo General, como el artículo XI, de modo que los derechos no se anulen entre sí.⁷³ Esta forma de interpretar el artículo XX, además de romper con la lógica más elemental del funcionamiento de las excepciones, puede afectar seriamente los intereses de protección ambiental de los países miembros, toda vez que permitiría a los grupos especiales o al órgano de apelación declarar contrarias al Acuerdo General prácticamente todas las restricciones comerciales adoptadas por razones ambientales. Cuando un miembro invoca el artículo XX es para justificar una medida que se encuentra en conflicto con otras normas del GATT. Si el órgano de apelación considera que el uso de las excepciones no debe afectar los derechos de los miembros en virtud de normas como el artículo XI, entonces siempre que se invoque una excepción será posible negar los beneficios del artículo XX precisamente porque la medida incumple las obligaciones de las que pretende excepcionarse.

Para establecer un equilibrio entre los intereses comerciales y ambientales en la OMC es necesario que se reconozca que el recurso a las excepciones generales se encuentra limitado a los objetivos de orden público expresamente señalados en los incisos de la *a* a la *j* del artículo XX, y condicionado a que se cumplan los parámetros establecidos en la cláusula

⁷² Véase por ejemplo Informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 40, párrafo 156.

⁷³ *Idem.*

la introductoria.⁷⁴ No es necesario que se realice ningún equilibrio de derechos adicional si el artículo XX es aplicado debidamente. Cuando una medida busca lograr alguno de los objetivos de orden público comprendido en los incisos de la *a* a la *j* y además no constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre países en los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional, los grupos especiales y el órgano de apelación deberían reconocerle la calidad de excepción en virtud del artículo XX respecto de otras normas substantivas del GATT. Este cambio sólo requiere la voluntad de los grupos especiales y del órgano de apelación para interpretar el texto del artículo XX en el sentido ordinario de sus términos.

2. *La interpretación sostenible de los incisos b y g del artículo XX del GATT*

Después de más de una década de discusiones y diferencias entre socios comerciales sigue sin respuesta la cuestión que hizo surgir el debate comercio-medio ambiente que conocemos hoy. Aún no se sabe a ciencia cierta si los incisos *b* y *g* del artículo XX pueden ser invocados para proteger elementos ambientales respecto de los cuales el país importador no tiene un nexo jurisdiccional y que se encuentran amenazados por las prácticas productivas bajo el control del país exportador.⁷⁵

El órgano de apelación, en el asunto *Camarón-Tortugas*, ha reconocido que el artículo XX no imposibilita *a priori* la justificación de una medida que exige a los países exportadores que cumplan o adopten una política unilateralmente prescrita por el país importador.⁷⁶ Aunque con este pronunciamiento el órgano de apelación reconoce implícitamente que las medidas basadas en los procesos de producción o en las políticas am-

⁷⁴ Mcrae, D., "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en M. Broekers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Gran Bretaña, Kluwer Law International, 2000, p. 230.

⁷⁵ O'Brien, P., "Unilateral Environmental Measures After the WTO Shrimp-Turtle Decision", en E. Brown Weiss y J. Jackson: *Reconciling Environment and Trade*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, pp. 470-471; Biermann, F., "The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North and South Conflict", *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, junio 2001, p. 436.

⁷⁶ Cfr. Informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 40, párrafo 121.

bientales deficientes de los países exportadores pueden justificarse en el artículo XX, la incertidumbre respecto al ámbito espacial que cubren las excepciones del artículo mencionado no se resuelve.⁷⁷ De hecho, el órgano de apelación se negó expresamente a hacer un pronunciamiento sobre si existe o no una limitación jurisdiccional en el inciso g del artículo XX. En dicho caso, el órgano de apelación también dijo que la medida que se analizaba encontraba justificación provisional en el inciso g, porque entre el país que aplicaba la medida y el bien ambiental a proteger existía un *vínculo suficiente* —presumiblemente de naturaleza jurisdiccional—. ⁷⁸ Esta situación hace surgir la duda de si el vínculo jurisdiccional es una condición previa para la válida aplicación de una restricción comercial.⁷⁹ Por lo tanto, precisar qué constituye un *vínculo suficiente* es esencial para determinar la condición legal de las medidas comerciales con efectos extraterritoriales.⁸⁰

A. La interpretación de la frase “vínculo suficiente”

Si se interpreta que el vínculo requerido por el órgano de apelación es de naturaleza jurisdiccional, quedaría excluida la posibilidad de aplicar medidas comerciales para la protección de animales o plantas fuera de la jurisdicción nacional en ausencia de migración o movimiento transfronterizo.⁸¹ Por otro lado, ya que el órgano de apelación no definió expresa-

⁷⁷ Simmons, B., “In Search of Balance: An Analysis of the WTO Shrimp/Turtle Appellate Body Report”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 24, 1999, p. 440. También véase Wofford, C., “A Greener Future at the WTO: The Refinement of WTO Jurisprudence on Environmental Exceptions to GATT”, *The Harvard Environmental Law Review*, vol. 24, 2000, núm. 2, p. 584. En contra véase Chang, H., “Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle Case”, *Southern California Law Review*, vol. 74, noviembre 2000, p. 36.

⁷⁸ Véase Informe del órgano de apelación de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 40, párrafo 133.

⁷⁹ Simmons, B., “In Search of Balance...”, *cit.*, nota 77, p. 440.

⁸⁰ Cheyne, I., “Trade and the Environment: the Future of Extraterritorial Unilateral Measures after the Shrimp Appellate Body”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000, núm. 5. Disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue5/cheyne5.html>.

⁸¹ Neuling, B., “The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 22, núm. 1, 1999, pp. 45 y 46.

mente qué tipo de vínculo es requerido para la válida aplicación de una restricción comercial, se podría interpretar que éste no es de naturaleza jurisdiccional y requiere simplemente que haya una conexión de importancia entre el daño ambiental y el país importador. Esta interpretación del artículo XX permitiría el uso de las restricciones comerciales con efectos extraterritoriales para proteger los bienes globales cuya sostenibilidad esté amenazada, estableciendo al mismo tiempo algunas limitaciones. Por ejemplo, cuando las actividades de terceros países amenazan la sostenibilidad de algún recurso natural compartido, cualquier país podría sentirse directamente afectado por la posible extinción o agotamiento del recurso natural en cuestión. En casos como éste, se podría válidamente argumentar que existe un vínculo suficiente entre el país importador y el daño ambiental causado por el país exportador que permitiría aplicar una restricción comercial.⁸² Este razonamiento no sería únicamente aplicable entre Estados parte en un AMUMA, sino también a las diferencias que involucren a terceros Estados no vinculados a los acuerdos de protección ambiental. Es importante señalar que sólo cuando existe una amenaza para la sostenibilidad del elemento ambiental en cuestión se podría generar el nexo suficiente que legitime una restricción comercial, pues tratándose de bienes comunes, el disfrute de los mismos —salvo convenio en contrario— no tiene limitación, al menos no la tiene hasta que los derechos de otros países de la comunidad internacional se ven afectados.⁸³ Esta interpretación podría ser apoyada en el compromiso con el *desarrollo sostenible* del preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.⁸⁴

En algunos casos excepcionales, existirá un vínculo suficiente entre los países importadores y los bienes ambientales ubicados dentro del espacio territorial de los países exportadores que permitirían el uso de me-

⁸² Biermann, F., *op. cit.*, nota 75, p. 431.

⁸³ Esty, D., *El reto ambiental de la Organización Mundial de Comercio: sugerencias para una reconciliación*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 181.

⁸⁴ En la primera parte de este capítulo mencionamos que para dotar de contenido al concepto desarrollo sostenible es necesario tomar 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 1999, pp. 107-109. Schoenbaum, M., “The Decision in the Shrimp - Turtle Case”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, vol. 9, pp. 37 y 38.

didadas comerciales que busquen protegerlos. Por ejemplo, la conservación de la diversidad biológica de flora y fauna ha sido calificada por la mayor parte de la comunidad internacional (157 países) como *interés común* de la humanidad.⁸⁵ Sin duda, cuando la sostenibilidad de la flora y fauna se encuentre amenazada, aunque se ubique dentro de la jurisdicción del país exportador, al menos 157 países tendrán un interés en su conservación que podrá ser considerado un vínculo suficiente para aplicar restricciones comerciales para protegerlos.

Esta interpretación es respetuosa del principio de derecho internacional que reconoce el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos naturales conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo.⁸⁶ Aunque las restricciones comerciales pueden influir en las decisiones de política que adoptan terceros Estados, en sentido estricto, no obligan a la adopción de una determinada política de conservación. Por ejemplo, si un país desea exportar productos al país que ha impuesto la restricción comercial, adoptará las políticas de conservación del medio ambiente requeridas por el país importador como condición para autorizar la entrada de productos extranjeros a su mercado. Ahora bien, si decide seguir con sus actividades insostenibles, podrá hacerlo a pesar de la restricción comercial, únicamente no podrá exportar la mercancía relacionada con la actividad peligrosa para el medio ambiente a los países importadores que no deseen participar —aportando mercado— en las actividades insostenibles.⁸⁷

Adicionalmente, conviene recordar que, aunque el derecho internacional reconoce el derecho soberano de todos los Estados a explotar los recursos naturales localizados dentro de su jurisdicción en la forma que consideren más adecuada, también impone un límite a este derecho

⁸⁵ Cfr. Preámbulo de la Convención sobre la biodiversidad biológica. El texto del convenio puede ser consultado en Remiro, A., *et al.*, *Derecho internacional [Textos y otros documentos]*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 1303-1320.

⁸⁶ Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972 (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1) y principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 14 de Junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). La Resolución 3171 (XXVIII) de la Asamblea General del año 1973, ratificando el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales: “el derecho inalienable de los Estados a la soberanía permanente sobre los recursos naturales de la tierra comprendida dentro de sus fronteras internacionales, así como los de los fondos marinos y de su subsuelo situados dentro de la jurisdicción nacional y en las aguas suprayacentes”.

⁸⁷ Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process Distinction ...”, *cit.*, nota 41, p. 275.

prohibiendo que las actividades que tengan lugar dentro del territorio de un Estado causen daños ambientales transfronterizos o globales.⁸⁸ Cuando una especie animal o una variedad vegetal deja de existir a causa de las políticas de explotación del país en el cual se ubican, el daño producido por la pérdida del recurso natural traspasará fronteras al afectar el interés común del resto de la comunidad internacional. En ese sentido, el daño será transfronterizo creando un vínculo suficiente entre el país importador cuyo interés se ve afectado y el elemento ambiental que precisa de protección.

B. *El límite de las medidas con efectos extraterritoriales*

Al enfocarse en el aspecto más objetivo del daño ambiental como es la sostenibilidad de los recursos, la interpretación propuesta permite evitar que algunos miembros apliquen restricciones comerciales con base en consideraciones éticas o morales para proteger bienes ambientales cuya sostenibilidad no esté en riesgo y se localicen fuera de su jurisdicción. En cualquier caso, sería interesante —como sugiere D. Esty— que cuando se apliquen restricciones comerciales en casos como el anterior y, a pesar de ser contrarias a las normas del Acuerdo General, se adoptara un mecanismo de pago de compensación del tipo establecido en el artículo XXIII del GATT.⁸⁹ Así, los países que den mucha importancia al respeto de su filosofía moral podrán aplicar restricciones comerciales, siempre y cuando se garantice por medio del pago de la compensación que no se afectarán los intereses económicos de otros países que simplemente no comparten los mismos valores.

⁸⁸ Este principio fue reconocido por primera vez en 1941 en el arbitraje del asunto *Trail Smelter*, más tarde en 1972 en la Declaración de Estocolmo y, en 1992 en la Declaración de Río. Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares dijo que la obligación general de los Estados para asegurar que las actividades llevadas a cabo en su jurisdicción y bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o áreas fuera del control nacional, es actualmente parte del conjunto del derecho internacional sobre medio ambiente. Véase *Licéite de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, párrafo 29.

⁸⁹ Esty, D., *El reto ambiental de la Organización Mundial de Comercio...*, *cit.*, nota 83, pp. 175-176. Para otro argumento que apoya la idea del pago de compensación en la aplicación de restricciones comerciales para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción Véase Atik, J., “Two Hopeful Readings...”, *cit.*, nota 50, pp. 9-10.

3. *Los elementos para determinar cuándo la discriminación está justificada*

La cláusula introductoria del artículo XX permite las medidas comerciales discriminatorias no arbitrarias o que puedan justificarse, o bien, la discriminación entre países que presentan condiciones distintas. La jurisprudencia del GATT/OMC aún no ha desarrollado ningún estándar claro de racionalidad que permita determinar cuándo la discriminación puede justificarse o no es arbitraria. No obstante, ha rechazado categóricamente las iniciativas de algunos países en ese sentido. Cuando en el asunto Camarón-Tortugas Estados Unidos sugirió que la política de la excepción del artículo XX podría ser la base para determinar la justificación de una diferencia de trato comercial a los productos de diferentes países, el órgano de apelación negó razón a tales argumentos y dejó claro que, en su opinión, el objetivo de la medida se analiza en el momento de determinar si se justifica provisionalmente en los incisos b y g, pero no podía ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX.⁹⁰ Como ya hemos mencionado, con esta interpretación el órgano de apelación priva al preámbulo del único punto de referencia que permitiría aplicar debidamente la exigencia de justificar una discriminación en el contexto del artículo XX.

A diferencia de lo que opina el órgano de apelación, S. Gaines sostiene que las únicas condiciones pertinentes para determinar que entre dos países no existen las mismas condiciones y, por lo tanto, que un trato diferente entre los mismos no es arbitrario o injustificado, deben tener una relación directa con el objetivo de orden público que se pretende lograr.⁹¹ Sería ilógico que cuando se analiza una medida para determinar si encuentra justificación en el artículo XX se tengan en cuenta condiciones imperantes en los distintos países que no guardan relación con el elemento ambiental que se desea proteger. Por ejemplo, una restricción comercial aplicada para proteger recursos naturales agotables debe poder discriminar entre distintas naciones dependiendo de factores relevantes para

⁹⁰ Informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 40, párrafo 149.

⁹¹ Gaines, S., “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 22, invierno de 2001, p. 780.

el objetivo de conservación, verbigracia si existe el recurso a proteger en el país afectado por la medida o si sus políticas de conservación son efectivas. Por otro lado, una restricción comercial para proteger un recurso natural agotable que discrimina con base en condiciones prevalecientes entre países que no tiene relación con el objetivo de protección, por ejemplo, con base en las diferencias en la estabilidad política entre los países, sería injustificable. De este modo y, a diferencia de lo que sostiene el órgano de apelación, para evaluar cuando una medida da lugar a una “discriminación injustificable entre países en los que prevezcan las mismas condiciones” es necesario tener en cuenta si ese trato diferente entre países se refiere al objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX.