

EL ASUNTO AMIANTO – POR FIN UNA DECISIÓN SALUDABLE

ROSA M. FERNÁNDEZ EGEA *

I. INTRODUCCIÓN: "EL AMIANTO PERJUDICA SERIAMENTE LA SALUD"

El 18 de septiembre de 2000 se hizo público el informe dictado por el Grupo Especial en el *asunto CE-Medidas que afectan al Amianto y productos que contienen Amianto*.¹ Éste fue más tarde apelado ante el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) que a su vez emitió un informe el 12 de marzo de 2001, seis meses más tarde.² Con este pronunciamiento se ha dado a conocer en el mundo del comercio lo que ya era sabido por la sociedad europea, que el amianto perjudica seriamente la salud.³

El amianto es un material prohibido por la legislación de muchos de los países desarrollados⁴. En el marco de la Comunidad Europea (en adelante CE) se han venido

* Becaria FPI en el Área de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la UAM. La autora agradece a Carlos Espósito y a Markus Gehring sus valiosos comentarios que han contribuido considerablemente en la elaboración del presente artículo.

© Rosa Fernández Egea. Todos los derechos reservados.

¹ Informe del Grupo Especial, *CCEE- Medidas que afectan al Amianto y los productos que contienen amianto*, de 18 septiembre 2000 (WT/DS135/R). En adelante me referiré a este informe como "Informe del GE".

² Informe del Órgano de Apelación, *CCEE – Medidas que afectan al Amianto y los productos que contienen amianto*, de 12 marzo 2001 (WT/DS135/AB/R). En adelante me referiré a este informe como "Informe del OA".

³ El amianto es un mineral fibroso que se extrae de la corteza terrestre y que ha sido utilizado en la construcción y la elaboración de ciertos productos debido a sus características (incombustible, de larga duración, versátil y resistente a los productos químicos). Pero este producto es perjudicial para la salud ya que la inhalación de sus fibras causa con el paso del tiempo una serie de enfermedades como la "abestoides", el cáncer de pulmón y la mesotelioma (otro tipo de cáncer). Ver la noticia de prensa de la Comunidad Europea, "EU welcomes landmark WTO Ruling upholding legality of French ban on asbestos on health grounds", de 13.de marzo de 2001 (en <http://mkaccdb.eu.int/dsu/doc/ds135-ip-01-355.doc>).

⁴ Desde 1977 el amianto crisotilo ha sido clasificado en la categoría I de los productos carcinógenos según la Organización Mundial de la Salud. El Convenio núm. 162 (1986) de la Organización Internacional del Trabajo requirió que las legislaciones nacionales fomentasen la sustitución del

adoptando, ya desde 1980, numerosas disposiciones legislativas comunitarias sobre prevención que estipulaban ciertas medidas en la comercialización y utilización del amianto, incluso prohibían algunos usos y tipos de mismo.⁵ En los años 90 y gracias a los avances científicos se pudieron constatar los riesgos que el amianto causaba a la salud de las personas, a la vez que también se empezó a contar con materiales sustitutivos del amianto. Desde la CE se reforzó el control en la utilización del amianto,⁶ fomentando la sustitución de este material⁷ y prohibiendo todo tipo de amianto salvo el amianto crisotilo.⁸ Finalmente, en 1999 se decidió prohibir todos los tipos de amianto con efectos a partir del 1º de enero de 2005,⁹ sin perjuicio de que la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea ya desde los años 70 han ido dictando legislaciones que prevenían la sustitución y prohibición de algunos usos de este material para pasar, en los años 90, a prohibir su utilización.¹⁰ Sin embargo, lo

amianto y de los productos que lo contenga por otros materiales inofensivos o menos nocivos (V. informe GE, par. 8.7).

⁵ Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de agosto de 1983, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (DOCE 1983, L 263, p. 25); la Directiva 76/769/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos y posteriores modificaciones: Directiva 83/478/CEE del Consejo, de 19 de agosto de 1983 (DOCE 1983, L 263, p. 33); Directiva 85/610/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 (DOCE 1985, L 375, p. 1). Directiva 87/217/CEE del Consejo, de 19 de marzo de 1987, sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto (DOCE 1987, L 85, p. 40).

⁶ Directiva 91/382/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se modifica la Directiva 83/477/CEE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (DOCE 1991, L 206, p. 16).

⁷ Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a los agentes carcinógenos durante el trabajo (DOCE 1990, L 196, p.1).

⁸ Directiva 91/659/CEE de la Comisión, de 3 de diciembre de 1991, por la que se adapta por primera vez al progreso técnico el anexo I de la Directiva 76/769/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (amianto) (DOCE 1991, L 363, p. 36).

⁹ Directiva 99/77/CE de la Comisión de 26 de julio de 1999 (DOCE 1999, L 207, p. 18). Esta Directiva extendería la actual prohibición al resto de los usos del amianto crisotilo, salvo uno. La única verdadera excepción a la prohibición del crisotilo se refiere a los diafragmas utilizados para la electrólisis en determinadas instalaciones productoras de cloro. Este uso se sigue permitiendo ya que aún no es técnicamente posible sustituir este material sin crear un problema de seguridad. V. la noticia de prensa de la Comunidad Europea, *op. cit.* nota 3.

¹⁰ Dinamarca (en 1972, prohibición del empleo del amianto para revestimientos y con fines de aislamiento; en 1986, prohibición total del amianto con excepciones limitadas hasta 1993); Reino Unido (en 1972, prohibición de las importaciones de crocidolita o "amianto azul"); Suecia (en 1975, prohibición de la comercialización y la utilización de crocidolita; en 1986, prohibición total del amianto, con determinadas excepciones); Francia (en 1978, prohibición el revestimiento con fibras de amianto; en 1996, prohibición total del amianto, con excepciones limitadas); Países Bajos (en 1977, prohibición de la crocidolita y del uso de amianto para revestimiento; en 1991, prohibición total del amianto, con excepciones aplicables hasta 1997); Austria (en 1990, prohibición de la utilización de

que a nivel europeo es algo ya evidente, no lo es tanto a nivel internacional. El amianto se sigue utilizando como material de aislamiento y de prevención del fuego en la construcción y en la manufacturación de materiales en los países en vías de desarrollo,¹¹ a pesar de que desde 1977 la Organización Mundial de la Salud clasificó las fibras de amianto en la categoría I de productos carcinógenos.¹² En el asunto *Amianto* se ha apostado por la salud.

La disputa trae por causa una demanda canadiense contra un Decreto francés que prohíbe la importación, la manufacturación, el proceso y la comercialización o venta de todas las fibras de amianto y productos que contengan amianto.¹³ Canadá, viéndose perjudicada en sus exportaciones de fibras de amianto crisolito (“amianto blanco”) y de cemento de amianto crisolito de Québec, alegó que este Decreto vulneraba los acuerdos de la OMC. Canadá estaba interesada en denunciar este tipo de legislaciones, no por su importancia económica en el caso concreto,¹⁴ puesto que el mercado francés sólo suponía el 5% de su exportación, sino para evitar el efecto propagador de este tipo de decisiones.¹⁵

Este asunto no sólo es importante por constatar los riesgos del amianto sino que también ha marcado un hito histórico¹⁶ en la interpretación y aplicación de las normas de la OMC en relación con la salud. En primer lugar ha sido el primer asunto en que una medida de un Estado miembro de la OMC ha cumplido todas las condiciones y requisitos para que se le pudiera aplicar la excepción contenida en el apartado b) del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Tarifas (en adelante, GATT). Esto ha permitido, por primera vez en la historia del GATT que se haya efectuado un análisis más o menos completo y coherente de los requisitos del preámbulo o *chapeau* del artículo XX, sobre todo en lo que se refiere al requisito de “restricción encubierta”. En segundo lugar, el Órgano de Apelación se ha enfrentado también ante la difícil tarea de definir qué ha de entenderse por “productos similares” en el marco del párrafo 4 del artículo III, llegando a una renovadora solución al considerar los motivos de salud como elementos a tener en cuenta en el

crisolito, con excepciones limitadas); Finlandia e Italia (en 1992, prohibición total del amianto, con excepciones aplicables hasta 1993); Alemania (en 1993, prohibición total del amianto, con excepciones limitadas); Bélgica (en 1998, prohibición total del amianto, con excepciones limitadas). V. informe del GE, par 3.32.

¹¹ FIELD CIEL WWF International, “Will the WTO “Choke” on Asbestos? Comment on the WTO Panel Report The EC/Canada Asbestos Case”, en www.ciel.org/asbestoschoke.html.

¹² V. informe del GE, par. 8.119.

¹³ Decreto núm. 96-1133 de 24 de diciembre de 1996 (*Décret 96-1133 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du code de travail et du code de la consommation*).

¹⁴ Que tampoco ha de desdeñarse pues supone 200 millones de dólares canadienses (129 millones de dólares estadounidenses) Canadá es, después de Rusia, el mayor exportador de amianto crisolito. En 1998 produjo 320,000 toneladas, lo que supuso un 18,2 % del *output* global y 2.500 puestos de trabajo en Québec, donde se extrae el amianto (Lycos, <http://ens.lycos.com/ens/mar2001/2001-03-13-10.html>).

¹⁵ V. PUENTES junio/agosto 2000, p. 14 (en http://www.ictsd.org/html/arct_de.htm).

¹⁶ Ver el comentario de Frances WILLIAMS, “Ruling backs French asbestos ban”, en Financial Times, de 12 marzo 01, (<http://news.ft.com>) y la noticia de prensa de la Comunidad Europea, *op. cit.*, nota 3.

test del "producto similar". En tercer lugar, ha aclarado el marco de aplicación del GATT y del Acuerdo OTC, delimitando la línea de separación de ambos acuerdos.

Además, contiene otros aspectos interesantes, como son la admisión de los *amicus curiae*,¹⁷ la aplicación de los principios de derecho internacional como parámetro interpretativo, la importancia del principio de precaución y la clarificación de la aplicación del artículo XXIII.

No obstante, son básicamente tres las cuestiones que trata este asunto y que analizaremos en el presente artículo: (i) la aplicación del Acuerdo OTC; (ii) el empleo del artículo III del GATT y el análisis del "producto similar"; y, finalmente (iii) la aplicación del apartado b) del artículo XX del GATT. En cada apartado se estudiará los argumentos utilizados por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación, en su caso.

II. APLICACIÓN DEL ACUERDO OTC O DEL GATT: ¿QUÉ ES UN REGLAMENTO TÉCNICO?

El Acuerdo OTC nació en la Ronda de Tokio en 1979 y trata de regular los estándares técnicos de los productos y de la elaboración de éstos para evitar regulaciones proteccionistas de los Estados Contratantes del Acuerdo GATT de 1947.¹⁸ Es un acuerdo multilateral que vincula a todos los miembros de la OMC y vino a incluirse en el Anexo 1A de la OMC tras la constitución de ésta en 1994.

En lo que respecta al Acuerdo OTC, Canadá consideraba que el Decreto vulneraba los párrafos 1, 2, 4 y 8 del artículo 2 de dicho Acuerdo. Con carácter previo al análisis de las posibles vulneraciones, ha de verse si este acuerdo es aplicable en el caso concreto. Será así cuando las medidas litigiosas constituyan una reglamentación técnica. El punto clave está, por tanto, en la definición de reglamento técnico. En el análisis de esta cuestión se verá cuál es el campo de aplicación del Acuerdo OTC, cuestión que aún ha de ser aclarada habida cuenta de las discrepancias existentes entre los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación.

¹⁷ Sobre este tema ver el trabajo de Lorella de la Cruz, "Las comunicaciones *Amicus Curie* en el mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio: el asunto *Amianto*", publicado en el número 3 de la Revista Electrónica de Estudios Internacionales de 2001 (www.reei.org).

¹⁸ En relación con este Acuerdo ver las obras generales: JACKSON, John H., *The World Trading System*, 1998, OMC, *Índice Analítico: Guía de las normas y usos del GATT* Ed. OMC, 1995; o el siguiente artículo: ZEDALIS, Rex J., "The Environment and the Technical Barriers to Trade Agreement: Did the Reformulated Gasoline Panel Miss a Golden Opportunity?" *NILR* 1997, p. 186.

El Decreto establecía un embargo de los productos que contengan fibras de amianto, por lo que, según Canadá, en realidad regulaba las “características” de dichos productos.¹⁹ Frente a esto, la CE era de la opinión que el Decreto ni especificaba las características que debe reunir un producto ni trataba de identificar los procesos o métodos de producción que debieron haberse seguido.²⁰ Simplemente enunciaba un principio de prohibición del amianto.²¹

A la hora de resolver esta cuestión interpretativa el Grupo Especial hizo uso de dos instrumentos. En primer lugar, aplicó las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Y en segundo lugar, analizó por separado las prohibiciones y las excepciones que se contenían en el Decreto.

Según el Grupo Especial, un reglamento técnico es aquel en el cual “se enuncian las características propias a uno o varios productos identificables, por contraposición a las características generales que podrían ser comunes a varios productos no definidos”.²² Haciendo uso de las reglas de interpretación de la Convención,²³ el Grupo Especial clarificó los términos contenidos en esta definición. Tras analizar el significado ordinario de las palabras “características” y “producto”, determinó que por “reglamento técnico” en el sentido del artículo 1.1 del Acuerdo OTC ha de entenderse aquel reglamento que “se aplica a las medidas que determinan las calidades técnicas que deben tener uno o varios productos dados para que puedan comercializarse en el mercado de un miembro”.²⁴ En definitiva, los elementos fundamentales han de ser tres: que la medida concierna a uno o varios productos dados, que precise las características técnicas de dichos productos y que sea obligatoria.²⁵ Esto último, el carácter obligatorio, es lo que diferencia a los “reglamentos técnicos” de las “normas” sobre las calidades técnicas que también se rigen por el Acuerdo OTC en virtud del artículo 1.2 en relación con el párrafo 2 del

¹⁹ V. informe GE, par. 8.21.

²⁰ *Idem*, par. 8.22.

²¹ *Idem*, par. 8.23 y 8.25.

²² *Idem*, par. 8.39.

²³ *Idem*, par. 8.29 y 8.30.

La utilización de las reglas de Derecho Internacional Público para resolver las disputas en el marco de la OMC ya apareció en los informes de los órganos de solución de diferencias en los asuntos *Gasolina* y *Camarones* (ver *infra* notas 97 y 37, respectivamente), frente a la negativa, por ejemplo, de los Grupos Especiales en los asuntos *EE.UU.- Restricciones a la importación de atún* de 1991 y 1994 (informes no adoptados, en adelante, asuntos *Atún I* y *Atún II*), reacios a aplicar normas no contenidas en el articulado del GATT. Pero es que resulta ser, además, imperativo del artículo 3.2 del Entendimiento por el que se rige el procedimiento de solución de diferencias.

²⁴ *Idem*, par. 8.43.

²⁵ *Idem*, par. 8.57.

Anexo I del mismo Acuerdo. En este caso, la obligatoriedad es clara por lo que no se trata de una norma y sí se cumple el tercer requisito.²⁶

En cuanto a que “concierna a uno o varios productos dados” ha de entenderse aquellos productos afectados por la medida que pueden ser individualizados, es decir, si los productos a los que se refiere pueden ser identificados fácilmente. El Grupo Especial consideró que la prohibición del amianto contenida en el Decreto, separada de las excepciones, es una prohibición general tanto del amianto en sí como de los productos que contienen amianto. Con un enunciado tan amplio, en realidad son muchos los productos a los que el Decreto no se refiere ni puede referirse de forma específica, ya sea nominalmente por categorías o funciones.²⁷ En su opinión tampoco se especifican las “calidades técnicas” de dichos productos. En realidad, no se prohíbe un tipo especial de amianto sino todas las formas de amianto.²⁸ Esta interpretación es acorde con el objetivo del Acuerdo OTC ya que el fin último de este acuerdo es controlar la elaboración y la aplicación de las normas técnicas en cuanto que éstas pueden propiciar el encubrimiento de intenciones proteccionistas y sortear con mayor facilidad las exigencias previstas en el GATT. Sin embargo, una prohibición general, por su naturaleza, no parece que establezca ciertas restricciones técnicas.²⁹

En este examen sólo se tuvo en cuenta la prohibición en sí, otorgando a las excepciones un tratamiento diferenciado.³⁰ En lo que se refiere a las excepciones, el Grupo Especial procedió de la misma forma, concluyendo que éstas sí conformaban, a diferencia de la prohibición general, disposiciones sobre ciertas características en la comercialización e identificación de los materiales que encuadraban en la definición de “reglamento técnico”.³¹ Sin embargo, al ser las excepciones algo accesorio a lo que constituye el objeto principal de la medida, que es la prohibición general, sólo se tendría en cuenta la calificación jurídica de ésta. Además, se añadía el hecho de que ni Canadá ni la CE habían alegado nada respecto de estas excepciones.³²

En otro orden de cosas, en opinión de Canadá, el hecho de que Francia hubiese notificado el Decreto al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio constataba su condición de “reglamento”.³³ ¿Podía entenderse que existió *estoppel* al

²⁶ Constatado igualmente por el Órgano de apelación. V. Informe del OA, pars. 72-74.

²⁷ V. Informe del GE, par. 8.40.

²⁸ *Idem*, par. 8.44.

²⁹ *Idem*, par. 8.49 in fine.

³⁰ Sin embargo, de lo que se desprende del razonamiento del Grupo Especial, no le quedaba claro que fuese procedente dividir la norma litigiosa, de manera que cada parte fuese objeto de un análisis diferentes. En su opinión, aportaba una mayor claridad, así que, a pesar de las dudas, decidió dividir (par. 8.33) El Órgano de Apelación, sin embargo, revocará esta decisión (pars. 64 ss).

³¹ V. informe del GE, pars.8. 67-8.70.

³² *Idem*, par. 8.72.

³³ *Idem*, par. 8.26.

haber notificado Francia al Comité OTC?³⁴ La CE, por su parte, alegó que la notificación se llevó a cabo por motivos de transparencia y no con intención de aceptar *a priori* la aplicación del Acuerdo OTC. Además, de entenderse esto así, se desincentivaría enormemente las notificaciones.³⁵ El Grupo Especial aceptó las alegaciones de la CE y dejó claro que este tipo de notificaciones carecían de efectos jurídicos más allá de la propia transparencia de las normas.³⁶

Por todos estos motivos, el Grupo Especial no analizó los argumentos de Canadá en cuanto a la vulneración del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, el Órgano de Apelación revocó la solución del Grupo Especial revisando en dos sentidos el razonamiento del Grupo Especial. Primeramente desechó la posibilidad de dividir Decreto en dos partes, es decir, considerar por un lado las prohibiciones y por otro sus excepciones. El Decreto tenía que verse en su conjunto, lo que también era congruente con la propia reclamación de Canadá, que se da respecto de la totalidad del Decreto³⁷. Pero más aún, tampoco cabía establecer un análisis diferenciado de las excepciones en cuanto que éstas no tenían un “significado jurídico autónomo”.³⁸

No obstante, el Órgano de Apelación asumió la definición y los elementos que manejó el Grupo Especial para identificar un “reglamento técnico” para concluir que en este caso sí existía. En efecto, el Órgano de Apelación constató que los “productos dados” sí eran identificables, aunque no se nombrasen o identificasen expresamente, pues serían “todos aquellos productos que contengan amianto”³⁹. En cuanto a las “características técnicas”, aquí nos encontramos ante una norma que no determinaba las propiedades que han de tener los productos sino aquellas que *no* han de contener: el amianto y las fibras de amianto.⁴⁰

Mediante este pronunciamiento el Órgano de Apelación parece limitar el ámbito de medidas que no han de considerarse “reglamentos técnicos” en el sentido

³⁴ De nuevo se vuelve a considerar categorías de Derecho Internacional público, si bien ésta ha sido explícitamente reconocida en la jurisprudencia de GATT/OMC en el marco de las disputas comerciales como se puede observar, por ejemplo, en el asunto Camarones. V. Informe del Órgano de Apelación, *EE.UU.- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, adoptado el 6 de noviembre de 1998 (WT/DS58/AB/R), en adelante, asunto *Camarones*.

³⁵ V. informe del GE, par. 8.27.

³⁶ *Idem*, par. 8.60.

³⁷ V. informe del OA, pars. 63 ss.

³⁸ *Idem*, par. 64.

La misma razón que le sirvió al Grupo Especial para desechar la importancia de las excepciones una vez constatada su condición de reglamento jurídico, le sirve también al Órgano de Apelación, esta vez, para negar un tratamiento autónomo. El resultado de una u otra opción cambia considerablemente, como veremos, pues las excepciones privan al Decreto del carácter de prohibición total de las fibras de amianto, aún tratándose de excepciones meramente temporales.

³⁹ *Idem*, pars. 70 y 72.

⁴⁰ *Idem*, pars. 69 y 72.

del Acuerdo OTC. ¿Cuáles son las medidas que le quedan a las disposiciones del GATT? En virtud de esta definición tan amplia de reglamento técnico, ¿no debieran haberse resuelto los asuntos *Gasolina* y *Camarones* bajo el Acuerdo OTC?⁴¹ No parece que el Órgano de Apelación aclare suficientemente esta cuestión ni salva la dificultad con la que se encontró el Grupo Especial al dudar sobre la adecuación de aplicar el GATT a una prohibición de este tipo, ya que de otro modo se dejaría sin efecto útil a los artículos I y III del GATT. A pesar de decir expresamente que no todo tipo de medidas internas que conciernan a la venta, oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de un producto serán necesariamente “reglamentos técnicos”,⁴² se hace difícil imaginar la aplicación del GATT.

La aplicación de uno u otro Acuerdo tendría importancia si las exigencias y excepciones acarrear grandes diferencias en la práctica. Así lo consideró el Grupo Especial puesto que, en realidad, el Acuerdo OTC supone un desarrollo del GATT⁴³. Sin embargo, no parece que las exigencias fuesen tan similares en la medida que el empeño de Canadá por aplicar este Acuerdo fue tan grande como el de la CE por no aplicarlo. Probablemente la condición explícita de “no restringir el comercio más de lo necesario”⁴⁴ y la exigencia de utilización de las normas internacionales en esta materia,⁴⁵ hizo pensar a Canadá que sus posibilidades se incrementarían considerablemente, puesto que la carga de la prueba exigida jugaba a su favor. Es más, el Órgano de Apelación constató que el Acuerdo OTC imponía obligaciones diferentes a las contenidas en el GATT.⁴⁶ Hasta hoy día no ha habido ninguna disputa que haya tenido que resolverse bajo el Acuerdo OTC. Sin embargo, se puede

⁴¹ Es curioso que en el asunto *Camarones* los órganos de solución de controversias no se refirieran a la aplicación del Acuerdo OTC. La razón no es que no procediese, pues el artículo 1.3 OTC se refiere también a “todos los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios” (las gambas pueden comprenderse dentro de este último grupo) sino al hecho de que ninguna de las partes alegó la vulneración de este Acuerdo. Solamente Venezuela, en condición de tercero, mencionó el Acuerdo OTC (par 398 del Informe del Grupo Especial, *EE.UU.- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, de 6 de noviembre de 1998, (WT/DS58/R)), pero no tuvo mayor trascendencia. Tal vez esto se debiera a la novedad de dicho acuerdo y el desconocimiento del ámbito de aplicación. En lo que se refiere al asunto *Gasolina*, Zedalis dedica todo un artículo a argumentar que debiera haberse aplicado el Acuerdo OTC en lugar de las disposiciones del GATT. V. ZEDALIS, *op. cit.*, nota 18.

⁴² V. Informe del OA, par. 77.

⁴³ V. informe del GE, par. 8.55.

⁴⁴ V. artículo 2.2 Acuerdo OTC.

Jackson es de la opinión que esta fórmula contenida en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC expande ligeramente las obligaciones de establecidas en el artículo III. V. JACKSON, *op. cit.*, nota 19. p. 223.

⁴⁵ V. artículo 2.4 Acuerdo OTC.

En cuanto a la utilización del amianto existen normas internacionales que determinan cómo utilizar este material para evitar daños a la salud. Canadá se aferró a esta exigencia, la cual, sin embargo, fue restada de importancia tanto por el Grupo Especial como por el Órgano de Apelación ya que dichas normas se mostraron insuficientes para prevenir todos los riesgos de este peligroso material.

⁴⁶ V. informe del OA, par. 80.

vaticinar que la aplicación del Acuerdo OTC gozará de una mayor aceptación en el futuro, no sólo debido al principio de especialidad (*lex specialis*)⁴⁷, sino también a causa de la acepción tan amplia que se maneja de “reglamento técnico”.

En otro orden de cosas, una vez constatado que el Decreto francés constituía un reglamento técnico, con lo que había de aplicarse el Acuerdo OTC y resolverse las infracciones que de él alegaba Canadá, no deja de ser curioso que el Órgano de Apelación decida no examinar dichas reclamaciones alegando que carecía de una base fáctica y jurídica suficiente.⁴⁸ En asuntos anteriores, por ejemplo en el asunto *Camarones*,⁴⁹ el Órgano de Apelación no tuvo ningún problema en “completar el análisis” cuando realizó el examen de los requisitos del apartado g) del art. XX GATT, aún no habiéndose pronunciado el Grupo Especial al respecto.⁵⁰ Resulta extraño que una vez decidido que se ha de aplicar el Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación proceda revisando el resto de argumentos del Grupo Especial sobre la base del articulado del GATT.⁵¹ Sin embargo, esta actuación tiene su razón y ésta se debe fundamentalmente a la naturaleza del propio Órgano de Apelación. Este órgano no constituye otra instancia de jurisdicción sino que sólo cuenta con competencia para revisar las argumentaciones jurídicas de los grupos especiales que hayan sido apeladas por las partes.⁵² Además ha de tenerse en cuenta que se encuentra compelido a resolver con prontitud.⁵³ Tal vez hubiera sido deseable que el propio Órgano de Apelación lo hubiese resuelto o lo hubiera remitido al Grupo Especial con objeto de clarificar la cuestión. Sin embargo, esta posibilidad no está prevista en la actual regulación del Entendimiento sobre la solución de diferencias, planteándose la necesidad de una reforma de cara al futuro.⁵⁴ En cualquier caso, de no haber sido así, nos hubiese privado de la interpretación que realiza el Órgano de Apelación de lo que

⁴⁷ En este sentido, ver la Nota interpretativa general del Anexo 1 A que determina que en caso de conflicto entre las normas del GATT y las disposiciones de otros acuerdos han de prevalecer éstas últimas. En este sentido también se pronuncia Zedalis. V. ZEDALIS, *op. cit.*, nota 18, pp. 199 ss.

⁴⁸ También arguyó que no sólo el Grupo Especial no había entrado a analizar la aplicación del Acuerdo OTC sino que tampoco ningún grupo especial o el propio Órgano de Apelación había entrado nunca en esta cuestión. V. informe del OA, pars. 78 a 83.

⁴⁹ V. Informe del Órgano de Apelación, asunto *Camarones*, *supra* nota 34, par. 123.

⁵⁰ Esta actividad de “completar” los argumentos de los grupos especiales, han sido tachadas por algunos autores de “exceso de jurisdicción”. Ver, por ejemplo, CONE, Sydney M., “The Appellate Body, the Protection of Sea Turtles and the Technique of “Completing the Analysis””, *JWT*, vol. 33, núm. 2 (1999), p. 51ss.

⁵¹ Efectivamente, a pesar de haber determinado que tendría que haberse aplicado el Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación sigue revisando el análisis del artículo III del GATT. Y más tarde, aún habiendo determinado que los productos del amianto y sus sustitutivos no son “productos similares”, revisa la aplicación de las excepciones del artículo XX, lo que no hubiese hecho falta ya que no existía infracción del GATT.

⁵² Párrafos 6 y 13 del art. 17 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias.

⁵³ Artículo 3.3 del Entendimiento.

⁵⁴ A esta posibilidad se refiere David Palmenter. V. PALMENTER, David, “The WTO Appellate Body needs Remand Authority”, en *JWT*, vol. 32, núm.1 (1998), p. 41.

supone un “producto similar” y el gran avance que esto supone en la jurisprudencia GATT/OMC, como veremos más adelante.

III. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 Y EL TEST DE “PRODUCTO SIMILAR”: PULSO ENTRE EL MERCADO Y LA SALUD

1. Exclusión del artículo XI del GATT

Tras decidir el Grupo Especial que el Decreto francés no es un reglamento técnico, pasó a comprobar si se trataba de una medida dirigida a la importación o una medida de carácter interno que prohibía la comercialización y la utilización del amianto en Francia. Esto es relevante para determinar si se estaba vulnerando el artículo XI.1⁵⁵ o el artículo III.4⁵⁶ del GATT, respectivamente.

Canadá sostuvo que se vulneraban ambos y que no habría problema alguno en aplicar los dos preceptos sobre una misma medida ya que ésta presentaba problemas en ambos sentidos.⁵⁷ La CE, por su parte, determinó que había de optarse por una de las dos alternativas y en su opinión se trata de una medida de carácter interno. Recordó que no cabe la aplicación acumulativa de ambos preceptos y que el artículo XI cede ante el III si se aplica éste último. En este caso, la CE indicó que la medida no tenía como objeto regular los productos importados sino que se aplicaba a todo tipo de productos, ya fuesen producidos en el interior de Francia o procedieran de otros países. Por esta razón habría de considerarse aquí la aplicación del artículo III.4 del GATT.⁵⁸

El Grupo Especial analizó ambos preceptos y trajo a colación la Nota interpretativa del artículo III de las Notas y disposiciones suplementarias del Anexo I del GATT, que prescribe la aplicación de este artículo cuando se trate de una medida que se aplique tanto al producto importado como también al producto nacional

⁵⁵ Artículo XI. 1 GATT: "Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas."

⁵⁶ Artículo III.4 GATT: "Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior."

⁵⁷ V. informe del GE, par. 8.84.

⁵⁸ *Idem*, par.8.85.

similar.⁵⁹ Precisamente éste es el supuesto que nos encontramos en la presente disputa. Con todo esto, el Grupo Especial concluyó que se aplicaba efectivamente el artículo III.4 GATT y no el XI.1⁶⁰

Al no haberse apelado esta decisión, el Órgano de Apelación no pudo pronunciarse al respecto. No obstante, a pesar de que esta cuestión no haya sido contestada, el hecho de haber aplicado en el presente caso el artículo III no parece ser la mejor opción. El Decreto francés contiene una prohibición total de la fabricación, utilización, comercialización e importación del amianto. En principio esta normativa, en un plano abstracto, se proyecta tanto en la esfera interna, es decir en la fabricación, utilización y comercialización, como en la externa, la importación del amianto. Pero en el caso concreto, al tratarse de un producto que ya no se fabrica más en Francia, en realidad la medida sólo tiene efectos reales sobre la importación del amianto. La prohibición ya sólo es relevante cuando se pretenda importar amianto, es decir, en el acceso de dicho material al mercado francés. Precisamente a este tipo de medidas se refiere el artículo XI GATT, a aquellas que tienen por objeto restringir o prohibir la importación. El artículo III del GATT, en cambio, se ocupa de la no discriminación de productos por su origen. En este caso no puede darse discriminación si no existe amianto francés. Si se hubiese optado, en este caso concreto, por el artículo XI GATT se habrían salvado las incoherencias desprendidas de la aplicación del artículo III GATT, como podremos comprobar más tarde.⁶¹

2. Análisis de la similitud

El Artículo III prohíbe, en líneas generales, una discriminación entre los productos importados y los productos nacionales similares. Por lo tanto, para constatar una posible vulneración de dicho artículo han de examinarse las siguientes

⁵⁹ La Nota interpretativa reza lo siguiente: “Todo impuesto interior u otra carga interior, o toda ley, reglamento o prescripción de la clase a que se refiere el párrafo 1, que se aplique al producto importado y al producto nacional similar y que haya de ser percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación, será, sin embargo, considerado como un impuesto interior u otra carga interior, o como una ley, reglamento o prescripción de la clase mencionada en el párrafo 1, y estará, por consiguiente, sujeto a las disposiciones del artículo III.” V. informe del GE, pars. 8.86 – 8.88.

⁶⁰ V. informe del GE, par. 8.99.

⁶¹ Es interesantes atender, en este sentido, a la aclaración sobre la aplicación de los artículos I, III y XI del GATT que realiza Olivier Paye. En sus propias palabras: “*Si la réglementation appliquée par l’État au produit étranger est de nature douanière, c’est-à-dire qu’elle s’applique exclusivement au produit étranger et qu’elle constitue une condition à son entrée sur le marché intérieur, alors cette réglementation ne relève d’aucun autre article de l’Accord général que l’article XI et est en principe prohibée si elle a pour effet de restreindre les importations. Il est à noter que cette conclusion vaut aussi pour les restrictions nationales (...) puisque faute de produit national similaire, ces restrictions s’appliqueraient exclusivement au produit importé et ne pourraient étre que discriminatoires*”. V. PAYE, O., “La protection de l’environnement dans le système du GATT”, *RBDI*, vol. 25, 1992, p. 83.

cuestiones: (i) identificar los productos que han de ser comparados; (ii) determinar cuáles son los criterios a seguir para considerar dos productos como similares; y (iii) constatar que efectivamente se ha dado un trato menos favorable o discriminatorio.

En cuanto a la primera cuestión, para identificar los productos a comparar, el Grupo Especial sólo tendrá en cuenta aquellos productos que hayan sido alegados por las partes.⁶² Según Canadá se ha producido una discriminación entre: las fibras de alcohol polivinílico, de celulosa y de vidrio, por un lado, y la fibra de crisotilo, los productos de fibrocemento y los productos de cemento crisotilo, por otro lado.⁶³ Es decir, en su opinión, los productos que han de compararse son aquellos productos de amianto o que contienen amianto con los productos sustitutivos de éstos, ya que no existe en Francia producto alguno que contenga amianto al estar prohibida su producción y utilización. La CE se opuso incidiendo en la diferencia terminológica. Una cosa es que el producto sea “similar” y otra es que el producto sea “competidor” o “directamente sustituible”.⁶⁴

Para resolver la cuestión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial hizo uso de los criterios ya utilizados por anteriores grupos especiales: las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, su uso final, los gustos y hábitos de los consumidores, y su clasificación arancelaria.⁶⁵ Sin embargo, la mayor parte de la discusión, tanto por parte del Grupo Especial como en las alegaciones de la CE, se centró en analizar las propiedades, naturaleza y calidad de los productos. La CE hizo hincapié en la idea de que los productos que contienen amianto por su efecto nocivo sobre la salud no pueden compararse con los productos sustitutivos que son inocuos. Además, el amianto cuenta con unas características que son de muy difícil sustitución por no poseerlas ningún producto. Las partes estaban de acuerdo en que el amianto tiene una estructura única y diferente de la de sus productos sustitutivos y una composición química diferente, por lo que en “términos puramente físicos” no tienen ni la misma naturaleza ni la misma calidad⁶⁶. No obstante, el Grupo Especial estableció que “el efecto más o menos pronunciado de un producto sobre la salud no es un criterio que impida llegar a la conclusión de que existe una similitud” y que “la toxicidad de un producto no está reconocida como criterio en el análisis de la similitud”.⁶⁷ En la medida que el artículo III.4 GATT tiene como fin último evitar que las medidas internas se apliquen de manera que se proteja la producción nacional, el criterio de las propiedades, la naturaleza y la calidad de los productos importados y de

⁶² V. informe del GE, pars. 8.107 y ss.

⁶³ *Idem*, par.8.101.

⁶⁴ *Idem*, par. 8.103.

⁶⁵ En virtud de lo establecido en los informes en los asuntos *Ajustes fiscales en frontera* (Informe adoptado el 2 de diciembre de 1970, IBDD 18S/106) y *Japón-Bebidas alcohólicas* (Informe adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/92).

⁶⁶ V. informe del GE, par. 8.121.

⁶⁷ *Idem*, par. 8.118.

los productos nacionales han de apreciarse desde el punto de vista del acceso al mercado.⁶⁸ En su opinión tampoco podía depender la similitud de los productos en una identidad exacta de las características físicas y químicas, pues de esa manera no habría ningún producto “similar”⁶⁹

En definitiva, lo importante de este pronunciamiento es que según el Grupo Especial la peligrosidad del producto no es un elemento lo suficientemente relevante para considerar dos productos desiguales, sin embargo, posteriormente, sí lo es para excepcionar la medida francesa bajo el artículo XX b) GATT. De esta manera lo que pretende es establecer una división entre las consideraciones que pueden tenerse en cuenta a la hora de aplicar los artículos III y XX GATT. Mientras que el primer precepto se encuentra franquado para las consideraciones de política de salud o cualquier otra que no sean estrictamente las comerciales, mediante el artículo XX GATT, los intereses no económicos pueden prevalecer sobre las normas que regulan los intercambios comerciales internacionales.⁷⁰ No deja de ser criticable que la peligrosidad de un producto no sea lo suficientemente relevante para considerarlo diferente de otros bienes.⁷¹ No puede negarse relevancia a este criterio cuando precisamente constituye el *leit motiv* del propio Decreto. Es más, supone un verdadero despropósito que un riesgo a la salud tan evidente como el del presente caso no sea lo suficientemente relevante para dicha diferenciación y haya de plegarse a los intereses comerciales.

El Grupo Especial arguyó que si este elemento de peligrosidad se tomase en cuenta, se privaría de sentido o efecto útil al párrafo b) del artículo XX que prevé expresamente la protección a la salud y a la vida de las personas. Según el Grupo Especial, introducir la protección a la salud dentro de los criterios de similitud, serviría como vía de escape de las exigencias del artículo XX, entre las que se encuentra el test de la necesidad, el control del abuso en la aplicación de la medida etc.⁷² Siendo éste un argumento de mayor peso, aún así no es insalvable. El artículo XX b) GATT no quedaría vacío de contenido en la medida que sigue siendo aplicable para aquellos supuestos en los que la cuestión de la salud no esté tan clara o no constituya un elemento esencial del producto en sí. Es decir, tendría sentido para aquellos supuestos en que los prejuicios sobre la salud no cuentan con un consenso amplio o cuando éstos se producen indirectamente, como cuando se cuestionan los procesos y métodos de producción de los productos. A modo de ejemplo tomemos el caso de un producto elaborado mediante un proceso contaminante que presenta las

⁶⁸ *Idem*, par. 8.122.

⁶⁹ *Idem*, par. 8.123.

⁷⁰ Habría que preguntarse cuáles son estos intereses estrictamente comerciales. Esta posición fue también criticada por los grupos ecologistas, como escribe WWF: “...once the principle of free trade was secured, the public health was left to bear the burden of proof.” “First trade, ask questions later”. V. FIELD CIEL WWF International, *op. cit.*, *supra* nota 11.

⁷¹ V. informe GE, par. 8.129.

⁷² *Idem*, par. 8.130.

mismas características que otro cuya producción no conlleva riesgos a la salud. En estos casos los productos sí podrían considerarse “similares” en lo que se refiere a las características del producto. Y no será hasta un momento posterior en el análisis, a la hora de analizar las excepciones, cuando debamos determinar si es lícito que se pueda establecer dicha discriminación. Ésta sí sería una verdadera discriminación, si bien, pudiera estar justificada por una política de salud y medio ambiente de un país determinado.

El Órgano de Apelación parece ir en esta línea en cuanto que deshecha el análisis realizado por el Grupo Especial en la apelación. A pesar de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales sobre “productos similares”,⁷³ es precisamente en este asunto la primera vez que se solicita del Órgano de Apelación una definición de la expresión “productos similares” en el sentido del artículo III.4 GATT.⁷⁴ No siempre que aparezca la expresión “producto similar” en el articulado de la OMC ha de tener el mismo significado.⁷⁵ Según el Órgano de Apelación el artículo III recoge las expectativas no de un determinado volumen de comercio sino de la relación de la competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales.⁷⁶ El Órgano de Apelación no sólo define este concepto sino que introduce una novedad, resulta que el concepto “producto similar” no ha de tener igual significado en los diferentes párrafos del artículo III. La consideración de producto similar del párrafo 2 no puede trasladarse sin más al párrafo 4 tal y como hizo el Grupo Especial. Tanto el párrafo 4 como el 2 del artículo III constituyen expresiones específicas de la regla general contenida en el párrafo 1 del mismo artículo, por lo que ha de ser este párrafo y no el 2 el que ha de tenerse en cuenta a la hora de interpretar el término “similares” del párrafo 4 del artículo III GATT.⁷⁷ El alcance de “producto similar” es mayor en el párrafo 4 que en la primera frase del párrafo 2 del artículo III GATT. Sin embargo, del efecto de combinar las frases primera y segunda del párrafo 2 del artículo III GATT se puede concluir que este párrafo se refiere a los “productos similares y directamente competidores”,⁷⁸ mientras que el párrafo 4 sólo

⁷³ V. pie de página 58 del Informe del OA.

⁷⁴ Es además un tema de suma importancia y cuyo interés se constata al dedicarle casi un tercio del grueso de su informe: pars. 84 a 154, de un total de 192.

⁷⁵ El Órgano de Apelación se refiere al “acordeón de la similitud”, fórmula tomada del Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón-Bebidas alcohólicas* de 1 de noviembre de 1996 (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 137) para expresar la idea de que los términos “producto similar” tendrán que interpretarse de diferente forma en cada una de las disposiciones en las que aparezca, teniendo en cuenta el contexto, objeto y fin de la disposición y del acuerdo que los contiene. V. informe del OA, par. 89.

⁷⁶ Así que, *sensu contrario*, el artículo XI es el aplicable a las medidas que condicionen el acceso al mercado de un producto, como es el caso.

⁷⁷ V. informe del OA, pags. 93.

⁷⁸ Esta constatación se infiere de la Nota interpretativa del artículo III.2 GATT que se reproduce a continuación: “Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un

incumbe a los “productos similares”.⁷⁹ Por lo tanto, en virtud del párrafo 4 del artículo III GATT no serán necesariamente “productos similares” todos aquellos que se encuentren en competencia con los productos del amianto⁸⁰.

En lo que atañe al resto de criterios de la similitud, el Grupo Especial se pronunció brevemente, constatando que los productos a comparar tenían ciertos usos finales idénticos o similares.⁸¹ Sin embargo, el criterio referido a los hábitos de los consumidores le parecía difícil de determinar y que, al igual que la protección a la salud, tampoco debía encuadrarse en el test de similitud en el caso concreto.⁸² En cuanto a la clasificación arancelaria, las fibras de amianto están clasificadas en partidas propias, dato que en su opinión era poco relevante pues no afectaba a las propiedades y al uso final del producto.⁸³ En su revisión el Órgano de Apelación constató que el razonamiento del Grupo Especial fue insuficiente para haber determinado la similitud de dichos productos pues en realidad sólo se basó en algunos usos finales comunes.⁸⁴ Esta vez el Órgano de Apelación sí completa el análisis examinando de nuevo, uno por uno, los criterios establecidos por la jurisprudencia GATT/OMC y utilizados por el Grupo Especial.

Aparte de rebatir la decisión del Grupo Especial de no admitir el criterio peligrosidad en el examen de las características y atributos de uno y otro producto,⁸⁵ lo que constituye la mayor aportación, también tuvo en cuenta otros criterios como el de los gustos y hábitos del consumidor que el Grupo Especial rechazó por considerar que no aclararía el resultado.⁸⁶ Tras un examen de todos los elementos el Órgano de Apelación determinó que los productos no eran similares.⁸⁷ En este sentido es

producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.”

⁷⁹ V. informe del OA, par. 94.

⁸⁰ *Idem*, par 99.

⁸¹ V. informe GE, par. 8.136.

⁸² *Idem*, par. 8.139 y 8.140.

⁸³ *Idem*, par. 8.143.

⁸⁴ V. informe OA, pars. 105 a 110.

⁸⁵ *Idem*, par. 113.

También EE.UU en las alegaciones que efectuó en este asunto en calidad de tercero, se decanta por esta línea. ¿Habrá influido en la decisión del Órgano de Apelación?

⁸⁶ En este punto el Órgano de Apelación ejerce de “hermano mayor” propinando un “rapapolvos verbal” al Grupo Especial pues éste no puede escudarse en tales argumentaciones para no examinar un requisito, ni podría haber determinado la similitud de los productos sin analizar todos los requisitos. (pars. 120 y 121). Esta actitud del Órgano de Apelación ha sido frecuente en los asuntos que ha tenido que conocer. Actitud, que por otro lado, a la protección de la salud y del medio ambiente ha beneficiado considerablemente puesto que el Órgano de Apelación ha corregido las posturas demasiado mercantilistas de los grupos especiales, haciéndose eco de los intereses de la sociedad actual.

⁸⁷ En esta resolución algunos han visto la aplicación del principio de precaución. En palabras de Aimee González (WWF International Senior Policy Advisor): “*In this case, the scientific evidence supporting*

interesante la inclusión de un “voto particular” bajo la denominación de “declaración concurrente” realizada por un miembro del Órgano de Apelación cuya identidad no se especifica en el informe. En su opinión, en este caso concreto, la naturaleza letal de las fibras de amianto crisotilo era ya por sí misma un elemento determinante para negar la similitud de dichos productos con los sustitutivos, por lo tanto, no era necesario proceder con el análisis de los demás requisitos de similitud.⁸⁸ Aclaró, sin embargo, que esta opinión se refería exclusivamente al caso concreto, lo que no significaba que, en futuros casos, cuanto exista cualquier riesgo para la salud humana ha de suponer una negación automática de la similitud entre los productos en cuestión. Ahora bien, su pronunciamiento no acabó de esta forma sino también aprovechó para criticar férreamente la postura del Grupo Especial al anteponer las relaciones económicas de competencia a otro tipo de intereses como el de la protección de la salud, sobre todo cuando el perjuicio es tan obvio. En cierto modo esta opinión es renovadora y avanzada en la medida que indica que los criterios económicos no pueden ser *fundamentales* para determinar la similitud en el marco del artículo III.4 GATT, ya que “la línea divisoria entre las concepciones *fundamentalmente* y *exclusivamente* económicas de la similitud (...) puede resultar en la práctica muy difícil de trazar”.⁸⁹

Prosiguiendo con el análisis, para que pueda hablarse de una vulneración del artículo III no bastaba con identificar los productos similares sino que aún quedaba por ver si existió verdaderamente un trato menos favorable para los productos canadienses. En este sentido Canadá alegó una alteración en las condiciones de competencia entre las fibras sustitutivas y los productos del amianto.⁹⁰ La CE estimó que esta medida no era discriminatoria ni *de iure* ni *de facto* puesto que garantizaba la igualdad efectiva entre las posibilidades ofrecidas a los productos nacionales y las ofrecidas a los productos importados.⁹¹ Este argumento tendría sentido si no se hubieran considerado los productos del amianto y sus sustitutivos como productos “similares”. Pero al no ser así, y como determinó el Grupo Especial, la misma

the French ban on asbestos was overwhelming, however, the Appellate Body's guidance on the relevance of scientific opinion confirms that all Member governments may be entitled to opt for maximum protection of humans, animals and plants even where scientists disagree as to the risks justifying protection.”. Más explícitamente en las de Remi Parmentier (Political Director of Greenpeace International): “*This is an important step because it represents a validation of the precautionary principle in trade related disputes*”. (Nota de prensa de Greenpeace: “NGOs welcome WTO greenlight to french ban on asbestos but remain skeptical about the WTO Dispute Settlement Process”, de 14 de marzo de 2001, www.greenpeace.org).

El principio de precaución es un principio de Derecho internacional del Medio Ambiente que exige que cuando existan dudas referentes a riesgos para el medio ambiente, en este caso para la salud, ha de abstenerse de proseguir con dicha actividad. V. JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del Medio Ambiente*, Ed. McGraw Hill, 1998 78 y ss.

⁸⁸ *Idem*, pars.152 y 153.

⁸⁹ *Idem*, pars 152 y 154.

⁹⁰ V. informe del GE, par. 8.151.

⁹¹ *Idem*, par. 8.153.

prohibición del amianto produce automáticamente el “trato menos favorable”.⁹² Como se puede apreciar, en el presente caso este requisito queda reducido al absurdo, constatándose el desatino de considerar ambos tipos de productos como “similares”. Una verdadera discriminación existiría si las exigencias de no comercializar productos que contengan amianto se impusieran sólo a los productos importados y no a los nacionales, lo que no es el caso. En el presente supuesto no cabe hablar de discriminación sino de una prohibición a la fabricación, venta, comercialización e importación de este tipo de productos, y de ahí su inexistencia en el mercado francés. La medida no discrimina a Canadá en cuanto que este país tiene la posibilidad de exportar estos productos sustitutivos sin ninguna restricción. Es más, la supuesta discriminación fruto del Decreto francés también se impuso en su día sobre los propios productores franceses de amianto que sufrieron una costosa y difícil reconversión.

Los hechos del caso concreto no parecen poder enlazarse bien con el elemento comparativo que implica la aplicación del artículo III GATT. Ante una prohibición de este tipo, es difícil que se pueda establecer una comparación en las condiciones de comercialización dentro del mercado del país importador, cuando precisamente se está prohibiendo el acceso del producto a dicho mercado. Si bien es una medida que se aplica tanto a los productos nacionales como a los extranjeros, de facto, el efecto recae sobre la producción extranjera ya que la nacional es inexistente. ¿No sería más adecuado aquí haber aplicado el artículo XI GATT que se refiere precisamente a los obstáculos del acceso de los productos al mercado nacional? Desde un punto de vista práctico esta solución hubiese sido más acertada ya que se podía establecer la vulneración del artículo XI GATT sin ningún problema y después haberse excepcionado mediante el artículo XX b) GATT, y todo evitando la ardua tarea de analizar la similitud de los productos afectados. Sin embargo el Órgano de Apelación, al revisar el informe del Grupo Especial optó por deshacer la similitud entre estos dos tipos de productos con lo que automáticamente también desaparecía el tratamiento desfavorable que proscribe el artículo III.

IV. LA APLICACIÓN DEL ARTICULO XX DEL GATT DE 1994 - PRIMERA DECISIÓN POSITIVA

A pesar de que el Grupo Especial consideró que el Decreto francés era contrario al artículo III. 4 GATT, comprobó que la medida estaba justificada bajo el párrafo b) del artículo XX GATT. La aplicación del artículo XX b) GATT también

⁹² No es necesario, en este caso, entrar en la discusión doctrinal sobre si el artículo III.4 GATT prohíbe la discriminación formal o también la material (V. PAYE, *op. cit.*, nota 61, pp. 77 ss) pues aún ciñéndonos a la alternativa más restrictiva, la discriminación formal, no habría problemas para constatar su existencia.

fue motivo de apelación por parte de Canadá, sin embargo, en este caso, el Órgano de Apelación confirmó el análisis llevado a cabo por el Grupo Especial.

El artículo XX contiene una lista exhaustiva de objetivos legítimos que pueden constituir excepciones a cualquier regla del Acuerdo General.⁹³ No obstante, al tratarse de excepciones, los órganos de solución de controversias han llevado a cabo una interpretación restrictiva, hasta el punto que, en lo que concierne a cuestiones ambientales y de salud, nunca se han podido cumplir todos sus requisitos.⁹⁴ Tales condiciones las componen requisitos comunes contenidos en la parte introductoria conocida como el *chapeau* del artículo XX y requisitos específicos para cada apartado, según la excepción que se invoque. En este caso, la CE alegó la aplicación del apartado b) del artículo XX del GATT, es decir, que se trataba de una medida necesaria para proteger la salud y la vida de las personas, animales y vegetales. La salud es un bien jurídico que merece ser salvaguardado y cuya protección debería prevalecer sobre la apertura de las fronteras comerciales. Esta excepción estuvo presente ya desde los comienzos de la configuración del sistema multilateral del comercio, apareciendo en los borradores de la Organización Internacional del Comercio⁹⁵ de 1948 (Carta de la Habana).

A la hora de comprobar los requisitos de las excepciones del artículo XX, ha de realizarse un doble análisis. En primer lugar, ha de comprobarse si dicha medida puede ser subsumible dentro de las excepciones particulares, en este caso, dentro del párrafo b) del artículo XX. En segundo lugar, ha de procederse a una nueva evaluación de la misma medida a la luz de las prescripciones exigidas por las cláusulas iniciales o el preámbulo del artículo XX. De esta manera procedió el Grupo Especial, analizando primero las condiciones del apartado b) y tras comprobar que se cumplían, prosiguió con las del preámbulo. Lo que el Grupo Especial llevó a cabo

⁹³ V. Informe del Órgano de Apelación, *EE.UU. - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado de 29 de abril de 1996 (WT/DS2/AB/R), par. 7, apartado IV (en adelante, asunto *Gasolina*).

V. también HILF, Meinhard. "¿Libertad del comercio contra protección del Medio ambiente?" en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, pp. 45-77, también puede ser consultado en versión electrónica en número 1 de la Revista Electrónica de Estudios Internacionales (www.reei.org).

⁹⁴ Hasta este asunto ninguna disputa de carácter ambiental o relativa a la salud ha podido cumplir con los requisitos del artículo XX para poder ser excepcionada. Muchos autores han criticado la idoneidad de dicho artículo por este motivo. V., por ejemplo, CHARNOVITZ, Steve, "Exploring the environmental exceptions in GATT art. XX", *JWT*, vol. 25, 1991, pp. 37-55; MATTOO, A./MAVROIDIS P.C., "Trade, Environment and the WTO: The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT", PETERSMANN, E.U. (Ed.) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London (1997), pp. 327 y ss.

⁹⁵ Organización que junto con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial constituirían las organizaciones para la promoción del desarrollo y la cooperación internacional surgidas de la conferencia de Bretton Woods, en 1944. Sin embargo, la Organización Internacional del Comercio nunca llegó a existir, aprobándose el funcionamiento provisional del GATT, hasta que en 1994 surgió la Organización Mundial del Comercio. V. CHARNOVITZ, *op. cit.*, nota 94, pp. 41 y ss

con tanta naturalidad no ha sido siempre una cuestión pacífica.⁹⁶ De hecho, la importancia del doble análisis⁹⁷ fue extensamente defendida por el Órgano de Apelación en los asuntos *Gasolina*⁹⁸ y *Camarones*⁹⁹, mientras que el Grupo Especial en el presente caso sólo ha dedicado un párrafo.¹⁰⁰

1) Requisitos del apartado b):

El párrafo b) del artículo XX se refiere a aquellas medidas "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".¹⁰¹ Son dos los requisitos que han de cumplirse, además de los del

⁹⁶ En el asunto *Camarones*, el Grupo Especial procedió a resolver el caso comprobando si la medida controvertida cumplía los requisitos del *chapeau* del artículo XX. Al constatar que estos sí se incumplían, consideró que ya no hacía falta verificar el cumplimiento de los requisitos de los demás apartados del artículo. Esto supuso un error en la interpretación jurídica que fue posteriormente enmendado por el Órgano de Apelación. V. Informe del Órgano de Apelación, asunto *Camarones*, *supra* nota 34, par. 119.

⁹⁷ Este análisis "en dos pasos" (*two-step process*) tiene una importancia doble. Por un lado plasma la necesidad de que ambos grupos de requisitos, tanto los del apartado en cuestión como los del preámbulo, sean cumplidos, y, por otro lado, indica el orden en que ha de llevarse a cabo tal constatación. La naturaleza y fin del preámbulo del artículo XX difiere de la de los apartados del mismo artículo. Ambas comprobaciones tienen un objeto y un alcance diferente, mientras que la de los apartados versa sobre la medida en sí, los requisitos del preámbulo se refieren a la aplicación de la medida en cuestión.

⁹⁸ "Después de haber concluido en la sección anterior que las normas para el establecimiento de líneas de base de la Reglamentación sobre Gasolinas queda comprendidas en el ámbito del apartado (g) del artículo XX, abordamos la cuestión de si esas normas cumplen también las prescripciones establecidas en el preámbulo del artículo XX. Para que la medida de que se trate pueda hacerse extensiva la protección del artículo XX que la justifique, dicha medida no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares - párrafos (a) a (j)- recogidas en el artículo XX. En otras palabras, el análisis es doble: primero, la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado (g) del artículo XX; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX." V. Informe del Órgano de Apelación, asunto *Gasolina*, *supra* nota 93, párrafo 1 del apartado IV.

⁹⁹ "Aplicados a un caso particular, la forma y el contenido reales de estas normas variarán según cual sea la medida que se examina. Lo que adecuadamente se puede calificar de *discriminación arbitraria* o *discriminación injustificable* o "restricción encubierta al comercio internacional" con relación a una categoría de medidas puede no serlo con respecto a otro grupo o categoría de medidas. Por ejemplo, la norma de discriminación arbitraria del preámbulo puede no ser igual para una medida considerada necesaria para proteger la moral pública que para una medida relativa a los artículos fabricados en prisiones". V. Informe del Órgano de Apelación, asunto *Camarones*, *supra* nota 34, par. 120.

¹⁰⁰ V. informe del GE, par. 8.167.

¹⁰¹ Esta excepción se encuentra en un estrecho vínculo con el objeto del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias que lo constituyen también las medidas dictadas para proteger la salud de las personas, animales y vegetales. Es curioso que en el presente caso, tratándose de una norma que protege la salud, sea el Acuerdo OTC el que ha de aplicarse y no el Acuerdo MSF. Esto se debe a que la prohibición del amianto no puede entenderse como medida sanitaria o fitosanitaria en el sentido del Anexo A 1 del Acuerdo MSF: "Toda medida aplicada: a) para proteger la salud y la vida de

preámbulo: en primer lugar, constatar que la medida controvertida se encuentra dentro de una política que proteja la salud y la vida de las personas, animales y vegetales, y en segundo lugar, comprobar que la medida sea necesaria.

El Grupo Especial hizo hincapié en la idea que ambos requisitos van estrechamente unidos, pues sólo si se establece que efectivamente existe un riesgo, y el grado de este riesgo, se podrá ver si efectivamente la medida era necesaria o existía otra medida menos incompatible que pueda aplicarse razonadamente al caso.¹⁰² Idea bastante razonable,¹⁰³ aunque también conlleva problemas como veremos más adelante al hilo del análisis de los requisitos del párrafo b) del artículo XX GATT.

A) La protección a la salud y la vida de las personas, animales y vegetales

No ha sido éste un requisito que haya generado muchos problemas interpretativos en anteriores controversias, sin embargo, en el presente caso, el Grupo Especial dedica buena parte del informe a su análisis. Esto se debió a la falta de acuerdo entre las partes sobre el hecho de si efectivamente el crisotilo perjudicaba la salud. La CE alegó que claramente se trata de una medida para proteger la salud de los trabajadores y los consumidores. Por su parte, Canadá no negaba la existencia de un objetivo de salud pública sino que sostenía que era discutible que estas fibras de crisotilo presentasen un riesgo para la salud si se observan las reglas de seguridad y control de estos materiales.¹⁰⁴

los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de las plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades; b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos; c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación de plagas; o d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultante de la entrada, radicación o propagación de plagas". Por lo tanto, este acuerdo no sería de aplicación (artículo 1 del Acuerdo OTC). De todas formas, aún sin existir solapamiento, sí pone de manifiesto la dificultad de delimitar los ámbitos de aplicación de uno u otro Acuerdo, siendo especialmente acuciante cuando las relaciones entre uno y otro tampoco quedan muy definidas.

¹⁰² V. informe del GE, par. 8.176.

¹⁰³ Se aprecia una notable diferencia frente a los informes en los asuntos *Atún I* y *Atún II* en los cuales los grupos especiales determinaron que las medidas controvertidas no eran necesarias porque de tolerarse ese tipo de medidas se ponía en tela de juicio el sistema de comercio multilateral. Y por suponer dichas medidas una política estadounidense de protección del medio ambiente de forma extraterritorial y unilateralmente.

¹⁰⁴ V. informe del GE, par. 8.173.

La carga de la prueba reside en aquel que invoca la defensa de la excepción.¹⁰⁵ En este caso, la CE ha de establecer una “presunción” previa de que la medida pueda estar excepcionada. Luego será Canadá quien haya de rebatir dicha presunción. El Grupo Especial determinó que cuando se habla de protección de la salud y vida de las personas se presupone la existencia de un “riesgo sanitario”, por lo que este primer requisito sólo “se limita a determinar si la política de Francia relativa a la prohibición de la utilización del amianto crisotilo pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas”.¹⁰⁶ Por lo tanto, en opinión del Grupo Especial, la CE ha de probar 3 cosas: (i) la existencia de un riesgo para la salud de las personas; (ii) el nivel de protección que desea alcanzar; y (iii) la existencia de otras medidas compatibles. Sin embargo, el Grupo Especial consideró que de estos tres elementos sólo ha de probar el primero y el tercero, pues el nivel de protección no es algo que ha de determinarlo la OMC sino los propios Estados miembros¹⁰⁷. En palabra del propio Grupo Especial: “lo que se verifica es la medida comercial y no el nivel de protección fijado por el Estado miembro”.¹⁰⁸ Esta afirmación constituye un verdadero avance ya que confirma que la elección entre unas u otras medida que protejan la salud es competencia de cada país y no podrá determinarse por los grupos especiales.

Canadá, sin embargo, advirtió del peligro de dar rienda suelta a todas las justificaciones reales o imaginarias sobre los riesgos para la salud.¹⁰⁹ En este sentido ha de recordarse, no obstante, que la determinación de si se trata de una medida restrictiva del comercio o una medida desproporcionada es algo que se analiza al determinar la existencia del riesgo y la necesidad de la medida.

En cualquier caso, al Grupo Especial le bastaba con que pudiese existir una presunción de que efectivamente existía un riesgo para la salud.¹¹⁰ Este riesgo sí existía si se tenían en cuenta los informes científicos presentados en la solución.¹¹¹ Incluso Canadá no negaba que el amianto fuese un material carcinogénico, simplemente sostenía que sus efectos nocivos para la salud podían evitarse.¹¹² Sin embargo, las medidas de seguridad y de control alegadas por Canadá para evitar estos riesgos en la práctica eran muchas veces inaplicables. Tampoco presentó Canadá un estudio serio que determinase dichos efectos nocivos, por lo que difícilmente podían combatirse de no ser conocidos.¹¹³ Por estas razones, el Grupo Especial aceptó que se

¹⁰⁵ Según el 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*, adoptado el 23 de mayo de 1997 (WT/DS33/AB/R).

¹⁰⁶ V. informe del GE, pars. 8.170, 8.171 y 8.184.

¹⁰⁷ *Idem*, par. 8.179.

¹⁰⁸ *Idem*, par. 8.162.

¹⁰⁹ *Idem*, par. 8.163.

¹¹⁰ *Idem*, par. 8.182.

¹¹¹ *Idem*, par. 8.188.

¹¹² *Idem*, pars. 8.186 y 8.187.

¹¹³ *Idem*, pars. 8.189- 8.192.

daba un principio de prueba suficiente sobre la existencia de un riesgo sanitario relacionado con la utilización del crisotilo.¹¹⁴ Canadá apeló la decisión del Grupo Especial en este punto pues en su opinión éste había cometido un error al decidir que la utilización del amianto constituía un riesgo para la salud. El Órgano de Apelación comprobó que existían bastantes indicios y opiniones de expertos que rebatían dicha información, por lo que consideró que el Grupo Especial no se había “excedido de los límites de sus facultades discrecionales” para apreciar las pruebas.¹¹⁵

B) El test de la necesidad

Sin duda, este requisito es el que comporta una mayor dificultad y que ha sido objeto de muchos análisis e interpretaciones por parte de los grupos especiales. Tampoco ha de olvidarse que ningún grupo especial ha admitido que se haya cumplido el requisito de necesidad en las controversias que han solucionado. Y esto se debe en buena medida a la forma tan estricta de su planteamiento, también conocido como el “test de la necesidad”. Dicha rigidez es consecuencia de la exigencia de interpretar restrictivamente las excepciones contenidas en el artículo XX. Habida cuenta de la trivialidad del primer requisito del apartado b), se necesitaba hacer un mayor hincapié en el término “necesarias” para limitar las posibles excepciones. De hecho, no se podrá justificar, bajo el presente precepto, cualquier medida que tenga como fin la protección de la vida y la salud de las personas, animales y vegetales, sino sólo aquellas que sean “necesarias”. Sin embargo, el precepto no nos indica qué ha de entenderse por “necesarias”. Así que los órganos de solución de controversias del GATT han elaborado una definición propia que no se corresponde con el significado ordinario de la palabra, como veremos.

La interpretación de este requisito en una disputa sobre la salud se dio por primera vez en el asunto *Tailandia- Restricciones a la importación e impuestos internos sobre cigarrillos* (en adelante, asunto *Cigarrillos*).¹¹⁶ Pero dicho significado provenía del informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Section 337 de la Ley Arancelaria de 1930*¹¹⁷ que interpretaba el término “necesarias” contenido en el párrafo d) del artículo XX del GATT.¹¹⁸ En esta controversia se dijo que una medida sólo podría considerarse necesaria cuando no se tuviera razonadamente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo General, o cuyo grado de

¹¹⁴ *Idem*, par 8.194.

¹¹⁵ V. Informe del OA, par. 162.

¹¹⁶ V. Informe del Grupo Especial *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, adoptado el 7 de noviembre de 1990 (IBDD S37/214).

¹¹⁷ Asunto *EE.UU. - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, adoptado el 7 de noviembre de 1989 (IBDD 36S/402), en adelante, asunto *Artículo 337*.

¹¹⁸ Art. XX, párrafo d): “necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo...”.

incompatibilidad fuera menor.¹¹⁹ De este razonamiento se apropió el Grupo Especial en el asunto *Cigarrillos*.¹²⁰

Esta nueva definición de “necesarias” no hace alusión a la adecuación de la medida para conseguir el objetivo deseado, interpretación que en un principio parecería más lógica, sino que lo que se cuestiona es si la incompatibilidad de la medida con la normativa del GATT es o no necesaria para alcanzar el objetivo de política sanitaria pretendido. En conclusión, es la vulneración de una obligación del GATT la que tiene que someterse al test de necesidad. De hecho, en otros asuntos los grupos especiales descartaron que las medidas dictadas fueran “necesarias” al implicar éstas una imposición de una política ambiental de manera unilateral y extraterritorial.¹²¹ Dicha interpretación del término “necesarias” ha sido criticada por una buena parte de la doctrina, por no concordar con la gramática y la sintaxis del apartado b) del artículo XX.¹²² El problema es que siempre se puede encontrar una medida menos restrictiva, sobre todo cuando la medida en cuestión es una prohibición absoluta como la francesa. Tampoco los métodos “menos restrictivos” han de ser necesariamente tan eficaces para la protección de la salud o conllevar el nivel de protección deseado por el Estado que dicta las medidas.

En el presente caso, Canadá aludió que cabía una medida menos restrictiva, utilizar el amianto de forma controlada y segura, por lo que la prohibición total del amianto no podía considerarse como una medida “necesaria”.¹²³ Por su parte, la CE hizo hincapié en la dificultad de que estas medidas de control y seguridad puedan tener eficacia en sectores tan difusos como son el de la construcción y los particulares aficionados al bricolaje.¹²⁴ Tras un análisis de los hechos y los datos aportados tanto por las partes como por los expertos, el Grupo Especial consideró que el riesgo era real y difícil de controlar, sin que se pudiese, por otro lado, determinar cuál sería la intensidad mínima de exposición para que el amianto no fuese nocivo para la salud.¹²⁵

¹¹⁹ V. Informe del Grupo Especial, asunto *Artículo 337*, *supra* nota 117, par. 5.26. En palabras del propio Grupo Especial: “*It was clear to the panel that a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as ‘necessary’ in terms of Article XX (d) if an alternative measure which could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it.*” “*By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.*”

¹²⁰ V. Informe del Grupo Especial, asunto *Cigarrillos*, *supra* nota 116, par. 75.

¹²¹ V. los informes de los Grupos Especiales en los asuntos *Atún I y II* y *Camarones*.

¹²² V. CHARNOVITZ, *op. cit.*, nota 94, pp. 48 y ss.; MATTOO/MARVROIDIS, *op. cit.*, nota 95, pp. 336 y ss.; SCHOENBAUM, Thomas J., “Free international trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation”, *AJIL*, vol. 91, 1997, pp. 276 y 277; y HOWSE, Robert, “The Turtles Panel: another Environmental Disaster in Geneva”. *JWT*, vol. 32, n. 5, 1998, p.73-100.

¹²³ V. informe del GE, par. 8.197.

¹²⁴ *Idem*, par. 8.196.

¹²⁵ *Idem*, par. 8.191.

En cuanto a las medidas alternativas, tendrían que tenerse en cuenta aquellas que los Estados tuviesen “razonablemente a su alcance”,¹²⁶ medidas que deberían ser propuestas por la parte perjudicada y no por el Grupo Especial.¹²⁷ Además, lo que se entiende por “razonablemente” tenía que verse en el contexto concreto, según la realidad económica y administrativa del Estado miembro de que se trate y “teniendo en cuenta que un Estado debe dotarse de los medios que le permitan aplicar sus políticas”.¹²⁸

Considerando que Canadá propuso como medida alternativa a la prohibición del amianto la utilización controlada de este producto conforme a las normas adoptadas internacionalmente, la tarea del Grupo Especial estaba en constatar si la alternativa propuesta era suficientemente eficaz para los objetivos de la política sanitaria de Francia y si constituía una medida que estaba razonablemente al alcance de las partes, en el caso concreto.¹²⁹ Efectivamente, el Grupo Especial confirmó que un control sobre la utilización del amianto sería difícil de garantizar debido a la dispersión de sujetos que potencialmente se encuentran en peligro. Teniendo en cuenta que las normas internacionales alegadas por Canadá eran incompletas en la medida que no regulan todos los supuestos de peligro, no parecía que la alternativa pudiese cumplir con los niveles de protección que desea Francia.¹³⁰ El Grupo Especial concluyó, por tanto, que la alternativa propuesta por Canadá ni era eficaz ni estaba razonablemente al alcance de las partes en los sectores perjudicados.¹³¹ Al no rebatir Canadá suficientemente las presunciones asentadas por la CE y confirmadas por los expertos, se consideraron cumplidos los requisitos del apartado b) del artículo XX GATT.

La solución del Grupo Especial respecto al “test de necesidad” también fue apelada por Canadá, alegando básicamente que el Grupo Especial no había cuantificado adecuadamente el riesgo y que existían medidas alternativas a la prohibición total que se contenía en el Decreto francés. El Órgano de Apelación aquí sí confirma la decisión del Grupo Especial aunque realiza una serie de aclaraciones relativas a la aplicación de este criterio de la necesidad que puede considerarse que palia muchas de las críticas vertidas sobre este requisito y a las que se ha hecho referencia con anterioridad. En primer lugar, precisa que una medida “razonablemente disponible” no significa que sea una medida “posible”, como pretende alegar Canadá al referirse a las normas de control internacionales para la

¹²⁶ El Grupo Especial toma esta idea del informe del Grupo Especial en el asunto *EEUU- Artículo 337* (supra nota 117, par. 5.26).

¹²⁷ V. informe del GE, par. 8.206. Esto también supone un avance respecto de otros asuntos como, por ejemplo, en el asunto *Cigarrillos*, donde el Grupo Especial se propone una serie de medios alternativos. V. Informe del Grupo Especial, asunto *Cigarrillos*, supra nota 116, par. 70 a 81.

¹²⁸ V. informe del GE, par. 8.207.

¹²⁹ *Idem*, par. 8.208.

¹³⁰ *Idem*, par. 8.210.

¹³¹ *Idem*, par. 8.217.

utilización del amianto.¹³² En segundo lugar, el Órgano de Apelación dice que para comprobar si un Estado “tiene razonablemente a su alcance otra medida posible que sea compatible con la OMC” ha de tenerse en cuenta también “el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido”. Puntualizando que “cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como necesarias unas medidas encaminadas a lograr esos objetivos”.¹³³ La protección de la salud y de la vida humana son el objetivo perseguido por el Decreto francés. Teniendo en cuenta que existían pruebas contundentes relativas al riesgo para estos bienes sin que se haya podido probar que el uso controlado pueda ser eficaz, el Órgano de Apelación concluyó igualmente que no existía “una alternativa que esté razonablemente al alcance de las partes”.¹³⁴

Vemos aquí una gran aportación tanto del Grupo Especial, como del Órgano de Apelación con su aclaración posterior. El avance es grande respecto de anteriores pronunciamientos: las normas de la OMC no pueden imponer un determinado nivel de protección establecido a través del prisma del libre comercio, sino que ha de respetar la soberanía del país en la elección de los niveles de protección deseados en su territorio.¹³⁵ Esto no es óbice para que se siga aplicando un test de necesidad, que en buena medida lo que trata es de constatar que la restricción del comercio que se ocasione no sea desproporcionada. Sin embargo esta proporcionalidad ya no se juzgará solamente a la luz de intereses meramente comerciales sino que también se tendrán en cuenta otras consideraciones de igual o incluso mayor importancia.

2. El "chapeau" del artículo XX.

La parte introductoria del artículo XX, el conocido *chapeau*, es el párrafo más importante a pesar de su escasa aplicación a la hora de resolver las controversias.¹³⁶ Por esta razón también es el párrafo que más dudas interpretativas ofrece.

¹³² V. informe del OA, par. 169.

¹³³ *Idem*, par.172.

El Órgano de Apelación cita para fundamentar dichas afirmaciones su reciente informe en el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* (WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001), donde se interpretaba el término “necesarias” pero contenido en el párrafo d) del art. XX. Ha de tenerse en cuenta que según esta afirmación, los intereses salvaguardados por el párrafo b) generalmente serán de mayor importancia que los del párrafo d) por lo que no tendrán el mismo significado.

¹³⁴ *Idem*, par. 175.

¹³⁵ A esta idea se refiere Christoph Spennemann cuando escribe: “If Art. III may be considered as a possibility to limit a Member’s sovereignty, it should equally be made sure that the same Member is given the chance to defend any non-abusive exercise of its sovereignty”. V. SPENNEMANN, C., “The Alternative: Justification of Discriminatory Procurement Practices under XXIII GPA”, *ZEUS*, vol. 1, 2001, p.83.

¹³⁶ V. SCHOENBAUM, T., *op. cit.*, nota 122, p. 275.

El texto del preámbulo requiere que no se aplique una medida de forma que constituya un medio de “discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones” o una “restricción encubierta al comercio internacional”. Cuando estas exigencias se cumplan junto con los requisitos previstos en los apartados del mismo artículo, la medida controvertida quedará excepcionada a pesar de haber vulnerado una norma del GATT. ¿Pero cuál es el contenido de estas exigencias? Hemos de tener en cuenta que estos términos jurídicos indeterminados no siempre han sido interpretados de la misma forma.¹³⁷

A) Discriminación arbitraria e injustificable entre países en los cuales prevalezcan las mismas condiciones

Para cumplir este requisito del preámbulo la jurisprudencia de la OMC/GATT ha determinado que han de constatarse los siguientes elementos: (i) la aplicación de la medida no ha de ser discriminatoria ya sea entre los diferentes países exportadores o entre países exportadores e importadores; (ii) no ha de ser arbitraria o injustificable; y (iii) ha de tener lugar entre los Estados en los que prevalezcan iguales condiciones.¹³⁸

Para el Grupo Especial en el asunto amianto tenía que dilucidarse “si la *aplicación* del Decreto constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable...”, lo que en definitiva es comprobar si la medida es discriminatoria *en su aplicación*.¹³⁹ Esta idea, asentada entre la jurisprudencia y aceptada por la doctrina,¹⁴⁰ conlleva dos consecuencias muy importantes. La primera es que la discriminación no ha de verse a tenor del contenido o configuración de la medida nacional sino en cuanto a su aplicación. Se trata de comprobar que la aplicación de la medida controvertida no sea abusiva, como destacó el Órgano de Apelación en el asunto *Gasolina*.¹⁴¹ Este difiere de la forma de abordar este requisito en anteriores asuntos pues bastaba la vulneración del GATT para descartar que se diese este

¹³⁷ En 1969 Jackson realizó un primer análisis del art. XX, ya entonces puso de manifiesto el lenguaje ambiguo y la terminología enrevesada al cuestionarse qué se quería decir con “discriminación arbitraria e injustificable o restricción encubierta”. Treinta años después, parecen existir las mismas dudas. V. JACKSON, J.H. *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Ed. BobbsMerill Company, Indianapolis, (1969).

¹³⁸ V. informe del Órgano de Apelación, asunto *Camarones*, par. 150, *supra* nota 34.

¹³⁹ V. informe del Grupo Especial, par. 8.226.

¹⁴⁰ V. el Índice Analítico, *op. cit.*, nota 18, Vol. I, p. 7.

¹⁴¹ “Por sus términos explícitos, el preámbulo del artículo se refiere, no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica.” V. Informe del Órgano de Apelación, asunto *Gasolina*, párrafo 2 del apartado IV, *supra* nota 93. Corroborando al Grupo Especial en el Informe del Grupo Especial, asunto *Estados Unidos - Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles*, adoptado el 26 de mayo de 1983, IBDD 30S/114.

requisito.¹⁴² La segunda idea es relativa al contenido de la discriminación. Cuando se comprueba si la aplicación de la medida es discriminatoria, ha de tenerse en cuenta que no se refiere a la discriminación contenida en el artículo III.4 GATT, como pretendía Canadá en el presente asunto, sino que es una discriminación más cualificada, pues ésta ha de ser arbitraria e injustificable. En palabras del Grupo Especial: “las disposiciones del preámbulo no pueden referirse lógicamente a la misma norma o normas por las que se ha determinado que ha habido infracción de una norma sustantiva”.¹⁴³ Así lo estableció el Órgano de Apelación en el asunto *Gasolina*¹⁴⁴ y más tarde lo confirmó en el asunto *Camarones*.¹⁴⁵

En el presente caso, la CE alegó que el Decreto se aplicaba tanto a los productos originarios de Francia como a cualquier otro importado. No se daba un trato de favor a ningún país para que exportase amianto, todo lo contrario, se había prohibido de igual forma tanto para los productos de amianto originarios de Francia, de Canadá o de cualquier otro país.¹⁴⁶ Se trataba de una prohibición total que se hacía efectiva para todos los productos que contengan amianto, independientemente de su origen.¹⁴⁷ Esta presunción de no discriminación no fue rebatida por Canadá, por lo que si no ha existido discriminación tampoco es pertinente ver si ésta es arbitraria o injustificada.¹⁴⁸ En este sentido, no se avanzó mucho más en este asunto que lo que ya se había avanzado en otras disputas. Los órganos de solución de controversias se limitaron a citar anteriores pronunciamientos, si bien, sí han contribuido a asentar interpretaciones que no eran pacíficas hasta hace bien poco.

¹⁴² Así actuó el Grupo Especial en el asunto *Camarones*, aunque el Órgano de Apelación revisó su informe para adoptar lo ya establecido por el Órgano de Apelación en el asunto *Gasolina*. Aún así, el Órgano de Apelación concluyó que al ser aplicada la medida de forma rígida e inflexible, quedaba constatada una discriminación arbitraria e injustificada.

¹⁴³ V. informe del GE, par. 8.227.

¹⁴⁴ *Ibidem*. “Proceder así sería vaciar el contenido del preámbulo y privar de significado a las excepciones recogidas en los párrafos a) a j). Tal proceder haría además más confusa la cuestión de si había incompatibilidad con una norma sustantiva, y se plantearía en el marco del preámbulo del artículo XX la cuestión posterior e independiente de si a pesar de tal incompatibilidad la medida estaba justificada. Uno de los corolarios de la “regla general de interpretación” de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de efectuar a todos los términos del tratado. El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado.”

¹⁴⁵ V. Informe del Órgano de Apelación, en el asunto *Camarones*, par. 150, *supra* nota 34.

¹⁴⁶ V. informe del GE, par. 8.228.

¹⁴⁷ En el asunto *Camarones* se establecen los requisitos que han de cumplir las medidas unilaterales para ser autorizadas bajo el artículo XX, entre los que se encuentran requisitos sustantivos como la flexibilidad, el proceso debido, principio de buena fe, principio de cooperación, etc. V. Informe del Órgano de Apelación, en el asunto *Camarones*, par. 160, *supra* nota 34. V. también la enumeración que de ellos realiza Meinhard HILF, *op. cit.*, nota 93.

¹⁴⁸ V. informe del OA, pars. 8.229 y 8.230.

B) Restricción encubierta al comercio internacional

La función de esta condición no es sólo la de asegurar la transparencia de la medida, sino también servir de apoyo al requisito de que la aplicación no constituyen una discriminación injustificable. Sin embargo, en los primeros casos en los que se examinó este requisito¹⁴⁹ se dio por cumplido por el mero hecho de que la medida controvertida había sido publicada o era accesible al público. El hecho de ser "pública" ya era suficiente para no considerarla como "encubierta".¹⁵⁰ La dureza del resto de requisitos del artículo XX se debió en buena medida a la laxitud en la exigencia de este requisito. Pero incluso en los casos examinados más adelante por el Órgano de Apelación tampoco se ha dado una interpretación satisfactoria al respecto. En el asunto *Gasolina*, el Órgano de Apelación asimiló este requisito a los de no discriminación¹⁵¹, mientras que en el asunto *Camarones* sí diferenció este requisito de los de discriminación, si bien no llegó a analizarlo puesto que ya había determinado que los dos anteriores no se cumplían.¹⁵²

De igual forma, en el presente caso la CE realizó un tratamiento unitario de este requisito con el anterior. Además volvió a traer a colación la cuestión de la publicación de la medida para rebatir la posibilidad de que fuese una medida "encubierta".¹⁵³ No obstante, el Grupo Especial dejó claro ya desde el inicio que el elemento de restricción oculta o tácita no agotaba el significado de la expresión "restricción encubierta"¹⁵⁴ sino que abarcaba otros requisitos. Aún así, el Grupo Especial estableció que ha de hacerse más hincapié en el término "encubierta" y no tanto en el de "restricción", pues toda medida que sea analizada bajo el artículo XX supone una restricción a una norma del GATT.

Canadá, por el contrario alegó que este Decreto en realidad encubría una intención de favorecer a la industria francesa de productos sustitutivos.¹⁵⁵ Aquí Canadá tiene razón en diferenciar ambos requisitos pues si resultara ser un sinónimo de "discriminación arbitraria e injustificable", en realidad no hubiera tenido mucho sentido su inclusión. Los preceptos han de interpretarse de manera que no haga redundantes o inútiles otras normas del GATT puesto que todos los términos del

¹⁴⁹ En el asunto del Informe del Grupo Especial, *EE.UU.- Prohibición a las importaciones del Atún y productos derivados del atún procedentes del Canadá* (adoptado el 22 de febrero de 1982 (IBDD 29S/97), en adelante, asunto *Atún de Canadá*) y en el asunto *Automóviles*, *supra* nota 141.

¹⁵⁰ Así ocurrió, por ejemplo en el asunto *Atún de Canadá*, *supra* nota 149. Según Charnovitz, confundían *restricción encubierta* con *falta de transparencia* V. CHARNOVITZ, *op. cit.*, nota 94. Ver también, KLABBERS, Jan, "Jurisprudence in international trade law: Art. XX of the GATT", *JWT*, vol. 63, 1992, p. 68.

¹⁵¹ V. informe del Órgano de Apelación, asunto *Gasolina*, apartado IV, párrafo 9, *supra* nota 93.

¹⁵² V. Informe del Órgano de Apelación, asunto *Camarones*, par. 184, *supra* nota 34.

¹⁵³ V. informe del GE par. 8.231.

¹⁵⁴ *Idem*, pars. 8.233 y 8.234.

¹⁵⁵ *Idem*, par. 8.232.

acuerdo han de tener un significado y un efecto.¹⁵⁶ Para el Grupo Especial, la expresión “restricción encubierta”, y de acuerdo con las reglas de interpretación del Derecho Internacional, lleva implícito un elemento intencional de engañar, encubrir, disimular, en definitiva de abusar y pretender restringir el comercio o llevar a cabo una medida proteccionista. A pesar de que el examen del carácter proteccionista de la medida no es tarea fácil, a la vista del diseño, la arquitectura y la estructura del Decreto, para el Grupo Especial no parecía que existiere elemento alguno que pudiera determinar que la medida tenía objetivos proteccionistas.¹⁵⁷ Además, este efecto de ventaja sobre la industria francesa de productos sustitutivos correspondía a una medida que ha establecido una prohibición absoluta, como no podía ser de otra manera.¹⁵⁸

Es aquí donde el Grupo Especial realiza su aportación para aclarar este requisito. Sobre todo cuando este requisito aún no había sido examinado de una forma exhaustiva ni llenado de contenido por ningún órgano de solución de diferencias, de lo que es consciente también el propio Grupo Especial. El Órgano de Apelación no se pronunció sobre este aspecto ya que no fue apelado por ninguna de las partes. Veremos si en posteriores pronunciamientos el Órgano de Apelación corrobora esta interpretación o la modula. En cualquier caso, ha sido un paso más en la protección de la salud ya que con este pronunciamiento se cumple, por primera vez en toda la historia del GATT los requisitos del artículo XX b) GATT.

V. CONCLUSIONES: PERSPECTIVAS PARA UN FUTURO SALUDABLE

La valoración de este asunto es positiva en cuanto que ha supuesto un paso hacia delante en la interpretación y aplicación de la normativa OMC/GATT y su adecuación a los tiempos que corren. En términos específicos ha constituido una serie de avances nada desdeñables.

Ha supuesto un comienzo de delimitación de los ámbitos de los Acuerdos GATT y OTC aportando ciertos criterios en torno a la definición de “reglamento técnico”, aunque en el presente caso aún persisten las dudas sobre su adecuación. Igualmente se han asentado las interpretaciones más novedosas de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales relativas a la interpretación de los requisitos del artículo XX GATT, sobre todo por parte del Órgano de Apelación en los asuntos *Camarones* y *Gasolina*. El Grupo Especial, por su parte, se ha atrevido a empezar a llenar de contenido el último requisito del preámbulo del artículo XX: que la medida

¹⁵⁶ Recoge el principio de eficacia en la interpretación (*ut res magis valeat quam pereat*), principio de Derecho Internacional general, al que se refiere el Órgano de Apelación en el asunto *Gasolina*. V. informe del Órgano de Apelación en el asunto *Gasolina*, p. 22, *supra* nota 93.

¹⁵⁷ V. informe del GE, pars. 8.236 y 8.238.

¹⁵⁸ *Idem*, par. 8.239.

no suponga una “restricción encubierta”. Poco a poco se va elaborando un esquema de análisis de las excepciones contenidas en el artículo XX GATT más satisfactorio y coherente que el que se venía llevando a cabo.

Las numerosas referencias a las reglas de interpretación del DI han demostrado que la OMC ya no constituye un “régimen autocontenido” o un “*self-contained regime*”.¹⁵⁹ Pero lo más importante de todo, a mi parecer, es que en esta decisión queda patente la apertura del sistema multilateral del comercio a otros intereses que no sean los estrictamente comerciales. En este asunto se introducen parámetros no comerciales en la interpretación de las normas del GATT, como la admisión de la protección de la salud como elemento relevante para deshacer la similitud entre varios productos, interpretación que se le debe al Órgano de Apelación. Esto hubiese sido impensable hace unos años. Sin embargo, creo que esta decisión no podría haber sido otra teniendo en cuenta que ha quedado suficientemente probado el riesgo para la salud que constituye el amianto. Por otro lado también parece congruente con lo que la sociedad civil esperaba, muy sensibilizada con los temas de salud en las últimas décadas.¹⁶⁰ Sin embargo, aún quedará mucho por andar hasta que los órganos de solución de controversias asuman de tan buen grado otros intereses como son los ambientales o los sociales. Este caso no ha sido demasiado difícil de solucionar ya que como todo el mundo sabe, “con la salud no se juega”. ¿Se llegaría a la misma solución cuando sea la vida y la salud de los animales la que esté en juego?

En cualquier caso, sienta un precedente importante que esperemos no sólo sea asumido por los órganos de solución de diferencias en futuros casos¹⁶¹ sino que sirva de punto de inicio para que se siga avanzando en este sentido.

¹⁵⁹ La importancia de la introducción de las normas de derecho internacional en el marco de la OMC ha sido enfatizada en el magnífico artículo de Gabrielle Marceau. V. MARCEAU, G., “A Call for Coherence in International Law”, *JWT*, vol. 33, n. 5, octubre 99, pp. 87 ss.

¹⁶⁰ A esta idea se refiere Antonio Remiro Brotóns cuando escribe: “El informe del panel en el asunto de la prohibición de asbestos (...) permite, por otro lado, suponer que, de haberse adoptado hoy, el informe hormonas hubiera tenido otro sesgo más favorable a las posiciones de la CE”. V. REMIRO BROTONS, A. “La UE y el comercio internacional. Límites del Libre Comercio”, Universitat de Girona, conferencia de 25 de abril de 2001.

¹⁶¹ A pesar de no tener cabida la doctrina del *stare decisis*, el propio Grupo Especial estableció en su informe su intención de tener en cuenta los informes adoptados con anterioridad (pars. 8.74 a 8.77). Por lo tanto sí se puede confirmar una cierta continuidad y una serie de “jurisprudencia”.