

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO: ESTUDIOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

**TRABAJO FIN DE MASTER**

**TÍTULO**

**BIENESTAR ANIMAL Y COMERCIO INTERNACIONAL ENTRE LA MORAL PÚBLICA Y LA SANIDAD ANIMAL: El Caso Unión Europea – Comercio De productos derivados de las focas**

**AUTOR: Carmen Bullón Caro**

**TUTOR: Profesor Dr. D. José Manuel Sobrino Heredia. Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad de A Coruña**

**Segunda convocatoria. Curso académico 2013-2014. Mayo de 2014**

## **Agradecimientos**

La autora quisiera agradecer el apoyo constante, interés y entusiasmo de los Profesores Drs. Gabriela Oanta y Rosa María Rodríguez Martín-Retortillo, así como la guía e interesantes sugerencias del Profesor Dr. José Manuel Sobrino Heredia, a quien debo mi devoción por el Derecho Internacional Público.

## **Acrónimos**

CE o CCE: Comunidad Europea

CI: condición inuit

CITES: Convención sobre Comercio Internacional de Especies protegidas de la Fauna y Flora Silvestres

EFSA: Agencia Europea de Seguridad de los Alimentos

ESD: Entendimiento sobre Solución de Diferencias

EEUU: Estados Unidos

GATS: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

GE: Grupo Especial

GRM: Gestión Recursos Marinos

MSF: Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

OA: Órgano de Apelación (por el Órgano de Apelación de la OMC)

OIE: Organización Mundial de la Sanidad Animal

OMC: Organización Mundial del Comercio

OSD: Órgano de Solución de Diferencias

OTC: Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

PE: Parlamento Europeo

PPM: Estándares sobre los procesos de producción

UE: Unión Europea

## **BIENESTAR ANIMAL Y COMERCIO INTERNACIONAL: ENTRE LA MORAL PÚBLICA Y LA SANIDAD ANIMAL**

### **INDICE**

<b>I.</b>	<b>Introducción y propósito</b>	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>Panorama del bienestar animal</b>	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>Marco jurídico comunitario en materia de bienestar animal</b>	<b>11</b>
<b>IV.</b>	<b>Marco jurídico comunitario sobre la comercialización de productos derivados de las focas</b>	<b>13</b>
<b>V.</b>	<b>El caso Comunidades Europeas – Comercio de productos derivados de las focas ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC</b>	<b>17</b>
	<b>(1) Análisis de los artículos del acuerdo OTC y el acuerdo del GATT alegados por las partes</b>	<b>20</b>
	<b>(2) Análisis de una selección de aspectos del Informe del GE</b>	<b>35</b>
<b>VI.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>46</b>
<b>1.</b>	<b>Epílogo</b>	
<b>2.</b>	<b>Bibliografía</b>	



## I. INTRODUCCIÓN

El bienestar animal es un tema de creciente interés político y regulatorio, tanto desde la perspectiva de la prevención de la crueldad innecesaria frente a los animales, como desde la perspectiva de la salud animal y la salud pública. La configuración del régimen de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y más en particular, la redacción del Acuerdo del GATT, han llevado a diferentes autores a cuestionar el reconocimiento de este tipo de normas por parte del sistema comercial multilateral.

El presente estudio analiza el reciente Informe del Grupo Especial (GE) establecido por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC en el caso Comunidades Europeas – Productos derivados de las focas, publicado en noviembre de 2013.

El régimen europeo sobre comercialización de productos derivados de las focas se propone reducir la comercialización de productos de las focas resultado de cacerías crueles. Este objetivo tiene como fundamento las preocupaciones de los ciudadanos europeos y su “complicidad” como consumidores derivada de la comercialización de estos productos y, de forma estrechamente relacionada, el bienestar de los animales en sus fases de aturdimiento y sacrificio. La norma establece para ello una prohibición general de comercialización de productos derivados de las focas con un número de derogaciones y excepciones, que incluye: (a) las cacerías desarrolladas por los inuit y otras comunidades indígenas según sus prácticas tradicionales y con objeto de subsistencia; (b) las cacerías desarrolladas en el marco de programas de gestión integrada de los recursos y control de las poblaciones de las focas, basadas en un “*enfoque ecosistémico*”; (c) los productos importados por los viajeros que llegan a Europa para su autoconsumo. Además de estas excepciones, el régimen no afecta a los productos derivados de las focas que entran en la Unión Europea para su transformación en régimen de perfeccionamiento activo y son reexportados sin entrar en el mercado de consumo comunitario.

El régimen comunitario da origen a sendas solicitudes de Noruega y Canadá al Órgano de Solución de diferencias de la OMC, alegando que el régimen (y particularmente sus excepciones) vulneran las obligaciones de la UE en el marco de los Acuerdos de la OMC. El Informe del GE concluye que la arquitectura del régimen europeo, y particularmente cómo han sido diseñadas sus excepciones, resulta injustificadamente discriminatorio y por tanto vulnera las obligaciones de la UE en el marco de los Acuerdos de la OMC.

Al mismo tiempo, el GE reconoce y afirma aspectos muy interesantes relacionados con el bienestar animal y el valor del bienestar animal en el comercio internacional. Estos son: (a) el bienestar animal podría considerarse como parte de la moral pública europea y por tanto justificar una medida restrictiva del comercio, siempre que esta no sea injustificadamente discriminatoria y/o se aplique discrecionalmente; (b) la atención a las preocupaciones de la ciudadanía relacionadas con el bienestar animal pueden ser igualmente un válido argumento para establecer una medida restrictiva del comercio, siempre que esta no sea injustificadamente discriminatoria y/o se aplique discrecionalmente; (c) una medida puede tener diferentes objetivos o un objetivo central con condiciones o excepciones vinculadas a diferentes objetivos regulatorios. Cuando esto ocurre, cada uno de estos objetivos ha de ser examinado en la medida en que puede generar un trato discriminatorio. Cuando una pluralidad de bienes jurídicos ponen en riesgo el objetivo central de una medida, éstos han de estar especialmente justificados y aplicados de forma no discriminatoria.

El presente trabajo tiene los siguientes objetivos:

- a) Contextualizar este caso en las políticas y desarrollo legislativo del marco jurídico internacional y comunitario del bienestar animal, con especial atención (a) al acervo comunitario en materia de bienestar animal, y (b) a la evolución del bienestar animal en el marco jurídico internacional;
- b) Repasar el tratamiento que ha dado el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC a: (i) las obligaciones de no discriminación y trato nacional tanto en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) como en el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) 1994. Este análisis nos llevará comprender con mayor profundidad cómo la OMC, a través del OSD, se erige en un “supra-regulador” internacional con capacidad de dirimir en el “delicado equilibrio” entre derecho a regular y comercio internacional.
- c) Ofrecer al lector un análisis de una selección de los fundamentos jurídicos del Informe del GE, con especial atención a las consideraciones relativas a las obligaciones de no discriminación y nación más favorecida en el Acuerdo OTC y en el GATT, y a la aplicación de la excepción de moral pública;
- d) Como resultado, ofrecer algunas reflexiones sobre alternativas al recurso a la moral pública, para justificar la legitimidad de las medidas de sanidad animal en un contexto de comercio internacional.

## II. BIENESTAR ANIMAL

- *Tipificación de las normas de bienestar animal*

El interés regulatorio por el bienestar de los animales se remonta a los orígenes de la reglamentación sobre el uso de animales. En este sentido, encontramos normas relacionadas con el bienestar animal en textos regulatorios religiosos (como el Corán o la Biblia), normas pecuarias y normas relacionadas con la prevención de la crueldad.

Como afirma Fraser<sup>1</sup>, lo que cada sociedad defina como “bienestar animal” dependerá en parte de los valores de dicha sociedad. Estas diferencias han llevado a regular el bienestar animal desde muy diferentes perspectivas, contenidos y efectos regulatorios. Siguiendo a este autor se pueden diferenciar normas que se dirigen a garantizar el bienestar de los animales a través de su salud y funcionamiento biológico (incluyendo la prevención de enfermedades, desnutrición y daños físicos); normas que persiguen evitar a los animales sufrimientos “emocionales” como el estrés, hambre o sufrimiento innecesario; normas que buscan facilitar a los animales una vida lo más cercana posible a sus “condiciones naturales” como base de su bienestar y normas dirigidas a evitar prácticas crueles para preservar a la sociedad de los efectos de dichas prácticas (como las normas sobre peleas de gallos o sobre uso de animales de laboratorio). Según la población objetivo podemos distinguir normas dirigidas a los animales de producción (tanto en granja, piscifactorías); normas sobre caza o captura de animales salvajes con fines comerciales; normas sobre manejo de animales salvajes en cautividad (zoos y establecimientos de recreo); sobre trato a mascotas; sobre el hábitat de animales salvajes o sobre el uso de animales de laboratorio con fines de experimentación.

Actualmente cabe afirmar que algunas normas de bienestar animal contribuyen o pueden contribuir positivamente a la salud de los animales, a la inocuidad de los alimentos e incluso reducir los costes de producción, debido a su impacto en la mejora del estado fisiológico e inmunitario del animal. Las normas sobre transporte de animales o sobre sacrificio, por ejemplo, tienen impacto en la calidad de la carne. Del mismo modo las normas sobre alimentación (nutrición) animal en fases de producción mejoran la producción de carne y la inocuidad y

---

<sup>1</sup> Fraser, D. *Understanding Animal Welfare: The Science in its Cultural Context*. Oxford, 2008 Wiley- Blackwell. En *Legislative and regulatory options for animal welfare*. FAO Legislative Study 104. 2011. página 5.

calidad de los productos. Eventualmente, normas contrarias a los comportamientos naturales de animales que viven cerca de los hombres (mascotas, animales de producción o de recreo) podría convertir a estos animales en un peligro de orden público.

Podríamos aventurarnos así a distinguir normas de bienestar animal basadas en los diferentes objetivos regulatorios (a) en motivos de sanidad animal y/o de salud pública (inocuidad alimentaria); (b) en motivos éticos, dirigidos a preservar la moral pública del peso de una eventual connivencia con prácticas consideradas “cruels”, y/o “innecesarias”; e incluso (c) (con más dificultad) y en motivos “ambientales” para aquellas normas que preservan las condiciones de vida y hábitats habituales de los animales y, a través de ellos, incidan en la conservación de los recursos y el patrimonio genético.

Mientras las primeras (normas con impacto en la salud física o “emocional” de los animales, e incluso las terceras (hábitats naturales) podrían bien estar justificadas por estudios científicos que demuestren qué prácticas producen efectivamente mayor “bienestar” animal, las segundas, basadas en concepciones éticas, religiosas o sociales, dependerán de cada sociedad, podrán evolucionar en el tiempo, y no serían tan fácilmente susceptibles de “armonización” o sustento científico.

Como ha recordado Howes<sup>2</sup>, la Organización Mundial de la Sanidad Animal hace referencia a las normas sobre bienestar animal como normas que habrían de estar formuladas con una doble finalidad “ética” y “científica”. Este autor recuerda igualmente como la mayoría de las normas de la UE sobre bienestar animal reflejan esta dualidad: por un lado, preservar el bienestar de los animales, y por otro proteger la moral de la ciudadanía. En este sentido “incluso cuando una medida no produjese un daño efectivo al animal, podría despertar repulsión en la ciudadanía, y por ello la norma europea debería ser una expresión directa de los valores éticos o espirituales de la sociedad sobre qué se considera “cruel”.

En esta evolución, no parece descabellado pensar en normas de bienestar animal que deban conjugar, en un único instrumento jurídico, medidas dirigidas a diferentes objetivos regulatorios (moral pública, sanidad animal). Estas normas contarían con la complicación añadida de deber encontrar (i) a nivel constitucional, diferentes bases jurídicas; (ii) a nivel de comercio internacional, cumplir (o ampararse) en diferentes normas/excepciones; y (iii) a nivel de

---

<sup>2</sup> R. Howse and D. Regan, ‘The Product/Process Distinction-An Illusory Basis for Disciplining Unilateralism’ (2000) 11 European Journal of International Law pag. 413.

implementación nacional, podrían entrar en los mandatos de aplicación de diferentes autoridades públicas.

- ***Primeras normas sobre bienestar animal***

De entre las primeras leyes parlamentarias en materia de bienestar animal destaca la Ley para prevenir el maltrato del ganado vacuno aprobada por el Parlamento Británico en 1822, que aprobó una Ley General sobre Protección de Animales en 1911<sup>3</sup>. En 1965 el Gobierno Británico enuncia las cinco libertades de los animales, reformuladas en 1993 por el UK Farm Animal Welfare Council (FAWC). En 1968 el Consejo de Europa aprueba el primero de cinco convenios para la protección de los animales<sup>4</sup>.

Desde la aprobación de los Convenios de Europa de 1968, diferentes organizaciones internacionales y regionales se han ocupado de la elaboración de normas y estándares técnicos relacionados con el bienestar animal. Estos incluyen normas relacionadas con la producción pecuaria (incluyendo la caza y captura de animales salvajes terrestres y acuáticos) y el uso de los animales con fines de investigación, recreo o como mascotas. Los Convenios de Europa han servido de base, entre otras, a las normas aprobadas en el marco de las Comunidades Europeas (más adelante Unión Europea) y a los estándares elaborados por la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE). Existen además a una pluralidad de estándares privados y mecanismos de certificación voluntarios que completan el marco regulatorio internacional.

- ***La Organización Mundial de la Sanidad Animal y el bienestar animal***

Creada en 1924, la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) es una organización intergubernamental compuesta de 178 países con sede en París, Francia, cuyo mandato es la mejora del estatus zoonosológico mundial. Con este fin la OIE lleva a cabo una extensa labor normativa cuya manifestación más importante son los Códigos sanitarios sobre Animales Terrestres y Acuáticos (Código Sanitario). La OIE identifica el bienestar animal como una de

---

<sup>3</sup> Act to Prevent the Cruel and Improper Treatment of Cattle, 1822 and Protection of Animals Act 1911

<sup>4</sup> Convenio para la Protección de los animales en el Transporte Internacional. Realizado en París el 13 de diciembre de 1968. Convenio para la Protección de los animales en Explotaciones Ganaderas. 1976. Convenio para la Protección de los Animales al Sacrificio. 1979. Convenio para la Protección de los Animales de Compañía. 1987. Convenio para la Protección de los Animales de Experimentación. Realizado en Estrasburgo el 18 de marzo de 1986.

sus prioridades en el Plan estratégico 2001-2005 e incorpora el bienestar animal a su mandato fundacional.

En 2004, la OIE incorpora al Código Sanitario<sup>5</sup> un nuevo capítulo con cinco estándares sobre bienestar animal<sup>6</sup>. Este capítulo incluye normas de bienestar con impacto directo en la salud de los animales de producción y la inocuidad de los productos, junto a normas dirigidas a prevenir la crueldad innecesaria frente a los animales (como el estándar de animales de laboratorio).

Las normas aprobadas por la OIE son consideradas normas internacionales de referencia en sentido del Acuerdo MSF. En este sentido, las normas de bienestar animal basadas en las normas de la OIE contarían con un “presupuesto” de compatibilidad con el Acuerdo MSF, y podría argumentarse que este efecto podría extenderse al Acuerdo OTC<sup>7</sup>. Por otro lado, como afirma Vesilind<sup>8</sup>, en aplicación de su mandato sanitario, la OIE es una Organización cuya metodología de trabajo se basa en el análisis de riesgos basado en ciencia, y en este sentido su interés y mandato en el bienestar sanidad está profundamente vinculado a la relación entre bienestar animal y sanidad animal, una dimensión que no agota los fundamentos jurídicos que subyacen en el bienestar animal.

---

<sup>5</sup> Ambos Códigos (de animales terrestres y acuáticos) han incluido capítulos sobre bienestar animal.

<sup>6</sup> La versión del Código Sanitario de la OIE de 2014 incluye normas de bienestar animal aplicables a: (a) el transporte de animales por vía marítima, terrestre y aérea; (b) el sacrificio y aturdimiento de animales para consumo humano, peces de cultivo y con fines profilácticos; (c) el control de perros vagabundos; (d) el uso de animales en la investigación y educación; (e) bienestar en sistemas de producción de ganado vacuno, pollos de engorde y acuicultura. <http://www.oie.int/es/bienestar-animal/temas-principales/>

<sup>7</sup> La importancia de las normas aprobadas por la OIE es que las medidas nacionales que incorporan estas normas cuentan con el presupuesto de que no son más estrictas de lo necesario para mantener el estatus de protección zoonosaria establecido por el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). Las normas que incorporasen estándares de la OIE, así como de sus organizaciones “hermanas” (el Codex Alimentarius y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF)) serían pues consideradas compatibles con el Acuerdo MSF, siempre que pueda demostrarse un vínculo con la sanidad animal, la inocuidad alimentaria o la protección fitosanitaria respectivamente. Las medidas técnicas que no pueden justificarse en razones de sanidad animal no podrían ser analizadas con respecto al Acuerdo SPS sino con referencia al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), que incluye también un objetivo de armonización de normas técnicas. Si bien el Acuerdo OTC no hace referencia expresa a las normas de la OIE, el OA, en el caso UE- Sardinias<sup>7</sup> reconoció a las normas del Codex como normas válidas de referencia internacional.

<sup>8</sup> Vesilind, Pamela: *Continental Drift: Agricultural Trade and the Widening gap between EU and US animal welfare laws*. En *Vermont Journal of Environmental Law*. Vol. 12, página 23.

### III. MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE BIENESTAR ANIMAL

La UE cuenta con uno de los acervos jurídicos más desarrollados y una larga historia regulatoria<sup>9</sup> en materia de bienestar animal. El primer instrumento jurídico sobre bienestar animal adoptado por la entonces Comunidad Económica Europea se remonta a 1974, con la Directiva 74/577/CEE del Consejo sobre el aturdimiento de los animales antes del sacrificio. Durante sus primeras décadas, la legislación comunitaria sobre protección de los animales se desarrolló en torno a las Convenciones del Consejo de Europa en el acervo comunitario<sup>10</sup>.

Desde la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992, la base jurídica para el bienestar animal en los tratados de la CE se ha fortalecido progresivamente. El Tratado de Maastricht incluye una Declaración no vinculante sobre el bienestar de los animales en su anexo en que se solicita a las instituciones comunitarias "*tener plenamente en cuenta el bienestar de los animales*" en la elaboración y la aplicación de la legislación. El Tratado de la Unión Europea en su versión aprobada en Ámsterdam en 1997 incluye, entre los Protocolos anejos al Tratado, el Protocolo de Protección y Bienestar de los animales, que reconoce a los animales como seres sensibles (diferentes por tanto de otros medios de producción)<sup>11</sup>.

El Tratado que establece una Constitución para Europa, firmado en Lisboa en 2004 y en vigor desde diciembre de 2009<sup>12</sup> incorpora el texto del protocolo adjunto al Tratado de Ámsterdam, con ligeras variaciones. El Título II del Tratado enumera una serie de principios fundamentales

---

<sup>9</sup> Esta historia incluye además la tradición jurídica de sus Estados Miembros, que se encuentran entre los pioneros mundiales en esta materia. Ya hemos hecho referencia a este estudio a las normas aprobadas por el Reino Unido desde 1822 y la importante labor de la Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA) en la formulación de las cinco libertades básicas de los animales. También preceden a la Unión en la regulación del bienestar animal, entre otros, Dinamarca, Alemania y Francia (1850).

<sup>10</sup> El Convenio n.º 87 (sobre bienestar de los animales en las explotaciones ganaderas) fue aprobado por la Decisión 78/923/CEE del Consejo y la Directiva 98/58/CE del Consejo. El Convenio No. 102 (sobre sacrificio de animales) fue incorporado en el acervo Comunitario por Decisión 88/306/CEE del Consejo, posteriormente actualizada por la Directiva 93/119/CE del Consejo. El Convenio n.º 65 (sobre transporte de animales) fue ratificado por los individualmente por los países de la CE y usado como base para elaborar el Reglamento posterior del Consejo (CE) N.º 1/ 2005. Estas normas obtenían base jurídica, principalmente, de los artículos del Tratado sobre Política Agrícola Común y la armonización de legislaciones entre los Estados Miembros (ex artículo 195). No es por tanto de extrañar que la mayor parte de estas normas estuviesen dirigidas al sector pecuario.

<sup>11</sup> "*Al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.*"

<sup>12</sup> La versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión ha sido publicada en DOC 83 de 30.3.2010

que deben ser respetados por la UE. Entre estos, el artículo 13 (Título II) del Tratado establece que:

*En la formulación y ejecución de la agricultura del Unión [Europea], pesca, transporte, mercado interior, la investigación y las políticas de desarrollo y el espacio tecnológico, la Unión y los Estados miembros, ya que los animales son seres sensibles, tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales, dentro del respeto de las disposiciones y costumbres legislativas o administrativas de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.*

Este artículo proporciona una base constitucional para el bienestar animal en la Unión Europea (UE). Según la Comisión Europea explica que "[e]sto pone el bienestar animal en pie de igualdad con otros principios clave que se mencionan en el mismo título, es decir la promoción de la igualdad de género, la garantía de la protección social, la protección de la salud humana, la lucha contra la discriminación, la promoción del desarrollo sostenible, garantizando la protección de los consumidores y la protección de los datos personales<sup>13</sup>".

Desde 2006, la Comisión ha aprobado un Plan de Acción Comunitario sobre Protección y Bienestar de los Animales 2006-2010<sup>14</sup>, una primera Estrategia de Salud Animal para la Unión Europea 2007-2013<sup>15</sup> y una segunda Estrategia de la Unión Europea para la Protección y Bienestar de los Animales 2012-2015<sup>16</sup>.

La UE ha abogado por la progresiva incorporación de normas de bienestar animal en sus relaciones comerciales<sup>17</sup>. En este sentido, en 2002 una Comunicación de la Comisión llamaba la atención sobre los efectos de las normas de bienestar animal en el comercio internacional de productos animales. En sus relaciones bilaterales se han incluido referencias al bienestar animal en los términos de acuerdos comerciales con Chile, Centroamérica, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

---

<sup>13</sup> Estrategia de la Unión Europea para la protección y el bienestar de los animales 2012-2015 COM(2012) 6 final/2. 15.12.2012.

<sup>14</sup> COM(2006) 13 final, de 23.1.2006

<sup>15</sup> COM 539(2007) 19.9.2007

<sup>16</sup> COM(2012) 6 final/2. 15.2.2012

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la legislación en materia de bienestar de los animales de explotación en los terceros países y sus repercusiones en la UE. COM/2002/0626 final \*

Por último, cabe citar la activa participación de la UE en los foros internacionales para el reconocimiento y armonización de los principios de bienestar animal, como la Organización Mundial de la Sanidad Animal, así como las iniciativas de la UE para el reconocimiento del bienestar animal en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>18</sup>.

#### **IV. MARCO JURÍDICO COMUNITARIO SOBRE LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS DERIVADOS DE LAS FOCAS**

Si bien una gran parte de las normas comunitarias de bienestar animal se dirigen a la producción pecuaria, el legislador europeo ha regulado también normas de bienestar para otros animales, como las mascotas, los animales usados con fines experimentales o animales salvajes en zos y actividades de recreo<sup>19</sup>.

La protección a las focas frente a métodos inhumanos de sacrificio y aturdimiento se remonta a 1983, cuando la Directiva 83/129/CEE<sup>20</sup> prohibió la importación de los productos de determinadas crías de las focas y sus productos derivados en la UE, con una excepción en el caso de caza por comunidades Inuit. Esta Directiva, limitada inicialmente a dos años, fue extendida en diferentes momentos que culminaron con una prohibición general aprobada por Directiva 89/370/CEE<sup>21</sup> de 8 de Junio de 1989. El Preámbulo de esta Directiva justifica la extensión, entre otras razones, a la fuerte presión ciudadana.

Entre 1989 y 2009 la Comisión adoptó otra serie de normas dirigidas a la conservación de las especies, que regulan y limitan la caza de las focas. Destacan la Directiva de 1992 sobre conservación de los hábitats naturales y la fauna y flora silvestres (92/43/CEE<sup>22</sup>) y el

---

<sup>18</sup> Propuesta de las Comunidades Europeas: Bienestar Animal y Agricultura. 28.6.2000. G/AG/NG/W/19.

<sup>19</sup> Para ver un elenco no exhaustivo de normas comunitarias en material de bienestar animal, con sus referencias bibliográficas, ver Anexo I a este documento.

<sup>20</sup> Directiva 83/129/CEE de 28 de marzo de 1983 sobre la importación en los Estados Miembros de pieles de determinadas crías de las focas y productos derivados (DOL 91\_30 9.4.1983). Esta Directiva tiene base jurídica en el entonces artículo 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (Mercado interior)

<sup>21</sup> La Directiva 83/129/CEE fue extendida por la Directiva 85/444/CEE (DOL y más adelante por la Directiva 89/370/CEE de 8 de junio que modifica la Directiva 83/129/CEE (DOL 163, 14/06/1989)

<sup>22</sup> DOL 206 de 22/07/1992

Reglamento 338/1997 (DOL 61) que implementa la Convención sobre Comercio Internacional de Especies protegidas de la Fauna y Flora Silvestres (CITES)<sup>23</sup>.

En 2006 el Parlamento Europeo aprobó, por 373 votos, una Declaración escrita sobre la prohibición de productos derivados de las focas en la Unión Europea<sup>24</sup>. En esta declaración el PE reconoce que la importación de dichos productos ha sido ya prohibida por diferentes países europeos (Italia, Bélgica y Luxemburgo) y se encontraba en discusión en Reino Unido y Países Bajos<sup>25</sup>. La Declaración afirma igualmente que tanto EEUU como Méjico y Croacia han prohibido igualmente dicho comercio. Por último, insta a la Comisión a redactar una propuesta de Reglamento para prohibir la importación, exportación y venta de productos de las focas obtenidos con ciertos métodos, e indica que dicha propuesta no debería tener impacto en la caza tradicional de las focas por parte de las comunidades inuit, que cuantifica en menos del 3 %.<sup>26</sup>

En respuesta a esta solicitud<sup>27</sup>, la Comisión Europea elaboró una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo al comercio de productos derivados de las focas<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Reglamento 338/1997 del Consejo de 9 de diciembre de 1996 relativo a la protección de especies de la flora y fauna silvestres mediante el control de su comercio (CITES) DOL 61\_1 de 3.3.1997

<sup>24</sup> Declaración escrita del PE sobre la prohibición de productos de la foca en la Unión Europea. 0038/2006 15.9.2006.

<sup>25</sup> Es interesante mencionar que los regímenes de Bélgica y Países Bajos habían sido objeto de una reclamación por parte de Canadá en el marco de la OMC, reclamación que quedó subsumida en el caso de las focas tras la aprobación del reglamento comunitario y consiguiente derogación de los regímenes nacionales.

<sup>26</sup> Resulta interesante mencionar que, a continuación de esta declaración, el Ministro de pesca, caza y agricultura de Groenlandia envió una carta a la Comisión Europea, expresando su preocupación y alegando deficiencias de criterio científico en la propuesta. En esta carta se hace referencia, (a) a la Decisión 2001/822/CE relativa a la asociación de los Países y Territorios de Ultramar (PTU) a la Comunidad Europea en sus artículos 35 y 38, que reconoce a los PTU el derecho de exportar sus productos a la Comunidad sin derechos aduaneros, restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente, así como a la Declaración conjunta firmada entre la UE y Groenlandia el 27 de Junio de 2006 que fortalece el *partenariado UE-Groenlandia*, y en que se reconoce que la Comunidad Europea tendrá en cuenta las necesidades de desarrollo y los intereses de Groenlandia en sus políticas y decisiones comerciales (carta de Finn Karlsen, Ministro de pesca, caza y agricultura de Groenlandia al Comisario Markos Kyprianou de 11 de septiembre de 2006). [www.sealsandsealing.net/resources/Karlsen2006](http://www.sealsandsealing.net/resources/Karlsen2006).

<sup>27</sup> En su Resolución de 12 de octubre de 2006, sobre un plan de acción comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010 (DO C 308 E de 16.12.2006, p. 170.), el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que propusiera una prohibición total a la importación de productos derivados de la foca. En su Recomendación no 1776 (2006), de 17 de noviembre de 2006, sobre la caza de las focas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó que se pidiera a aquellos Estados miembros del Consejo de Europa que practican la caza de las focas que prohiban todos los métodos crueles de caza que no garantizan la muerte instantánea y sin sufrimiento de los animales, así como el aturdimiento de estos con instrumentos como hakapiks (similar al pico), porras y pistolas, y que promuevan iniciativas destinadas a prohibir el comercio de productos derivados de la foca

<sup>28</sup> Esta propuesta *“tiene por objeto prohibir que los productos derivados de la foca se comercialicen, importen, transiten y exporten en relación con la Comunidad”* [salvo que] se cumplan ciertas condiciones relacionadas con el sacrificio y manipulación. Y añade que *“pretende sustituir a las diversas medidas adoptadas o cuya adopción está prevista en determinados Estados miembros para vetar la importación, fabricación, distribución de productos de la foca, de cara a armonizar dichas medidas”*. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo al comercio de productos derivados de la foca COM (2008)0469. La Comisión recuerda que la UE no tiene base jurídica para regular en materias “éticas”, si bien en aquellas materias en que el Tratado reconoce la competencia comunitaria, el hecho que una norma esté fundamentada en razones éticas no es óbice para su

Con base en esta propuesta, el Reglamento (CE) 1007/2009<sup>29</sup> fue aprobado el 16 de Septiembre por el Parlamento Europeo y el Consejo (Reglamento de base). El primer considerando hace referencia al reconocimiento de que las focas son seres sensibles que pueden experimentar dolor, angustia, miedo y otras formas de sufrimiento. En 2010, la Comisión aprueba el Reglamento 737/2010 que implementa el primero<sup>30</sup> (Reglamento de aplicación) (en adelante nos referimos a ambos como “régimen comunitario”).

El Reglamento introduce una prohibición de comercialización en el territorio de la UE para todos los productos derivados de las focas, producidos en la UE o importados<sup>31</sup>, con tres excepciones:

- 1) Se autoriza la comercialización de los productos derivados de las focas procedentes de la caza tradicional realizada por los inuit u otras comunidades indígenas, que contribuye a la subsistencia de las mismas (condición “inuit”) <sup>32</sup>.
- 2) Se autoriza la importación de productos adquiridos en el extranjero por personas que se desplazan a la UE y que los introducen en la UE con fines no comerciales (condición viajeros)<sup>33</sup>.

---

adopción. Cita entonces la Comisión el artículo 14 del Tratado de la Comunidad Europea sobre armonización de legislaciones.

<sup>29</sup> Reglamento (CE) n o 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 , sobre el comercio de productos derivados de la foca (DO L 286 de 31/10/2009). Este Reglamento fue aprobado por 550 votos a favor y 49 abstenciones.

<sup>30</sup> Reglamento (UE) n ° 737/2010 de la Comisión, de 10 de agosto de 2010 , por el que se establecen disposiciones específicas de aplicación del Reglamento (CE) n ° 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DO L 216 de 17/08/2010)

<sup>31</sup> No se aplica pues a los productos en régimen de perfeccionamiento activo (productos que pasan por la UE de un tercer Estado y hacia otro tercer Estado, o bien que son transformados y reexportados siempre y cuando no entren en el mercado europeo).

<sup>32</sup> Para ello han de cumplirse tres condiciones y un requisito administrativo: (1) la caza de las focas debe ser efectuada por los inuit u otras comunidades indígenas con una tradición de caza de las focas en su comunidad y región geográfica; (2) los productos derivados de la caza de las focas deben utilizarse, consumirse o transformarse, al menos en parte, en las propias comunidades de acuerdo con sus tradiciones; y (3) la caza de las focas debe contribuir a la subsistencia de la comunidad. Por último, el producto irá acompañado de un certificado emitido por una entidad autorizada que certifique que estas condiciones han sido cumplidas. Reglamento 737/2010 art. 4 Artículo 3.1 del Reglamento 1007/2009 (vid. Supra) y art.3 del Reglamento 737/2010

<sup>33</sup> También en este caso el reglamento de implementación incluye tres condiciones y ciertos requisitos administrativos. Es preciso demostrar: (1) que los productos derivados de la foca formen parte de la indumentaria de los viajeros, o sean llevados a mano o en su equipaje personal; (2) que los productos derivados de la foca formen parte de los objetos personales de una persona física que cambie su lugar de residencia habitual trasladándose de un tercer país a la Unión; (3) que los productos derivados de la foca sean adquiridos por los viajeros en un tercer país e importados por ellos en una fecha posterior, con la condición de que, al llegar al territorio de la Unión, dichos viajeros presenten a las autoridades aduaneras del Estado miembro en cuestión los siguientes documentos: (a) una notificación escrita de importación, y (b) un documento que pruebe que los productos han sido adquiridos en el tercer país en cuestión. Estos documentos habrán de ser validados por los servicios de aduanas. Reglamento 1007/2009 art. 3.2 a) y Reglamento 737/2010 art. 4

- 3) Se autoriza la comercialización de los productos derivados de las focas cuando la caza se haya realizado teniendo como único objetivo la gestión sostenible de los recursos marinos según un plan de gestión basado (entre otros) en el enfoque “ecosistémico” de los recursos marinos (condición GRM)<sup>34</sup>.

La verificación de que se cumplen los requisitos anteriores será realizada por entidades autorizadas por la Comisión con arreglo al Reglamento<sup>35</sup>.

Son de destacar los trabajos preparatorios (el **proceso**) de elaboración de los reglamentos. La Comisión solicitó al Panel de Bienestar animal de la Agencia Europea de Seguridad de Alimentos (EFSA)<sup>36</sup> un informe sobre métodos de sacrificio y despellejo de las focas, con el objetivo de encontrar mecanismos de implementación y verificación de buenas prácticas alternativos a la prohibición de comercialización (Informe EFSA). Este Informe concluyó que no es posible verificar el cumplimiento de las normas de bienestar animal en el sacrificio de las focas, dadas las circunstancias en que dichas prácticas tienen lugar<sup>37</sup>.

Además, la Comisión solicitó un estudio a una consultora externa sobre alternativas para implementar medidas sobre el comercio de las focas que pueda tener un impacto efectivo en el bienestar de los animales<sup>38</sup> (Informe COWI). La conclusión del estudio es que sólo la

---

<sup>34</sup> En este caso (1) la caza de las focas debe efectuarse con arreglo a un plan de gestión nacional o regional de los recursos naturales que emplee modelos científicos de población de los recursos marinos y aplique un enfoque basado en los ecosistemas; (2) no debe sobrepasar el cupo total admisible de capturas establecido con arreglo al plan mencionado en la letra a); (3) los subproductos de la caza de las focas deben comercializarse de forma no sistemática y sobre una base no lucrativa. Los productos serán acompañados de un certificado acorde con el Reglamento de implementación. Reglamento 1007/2009 art. 2.b) Reglamento 737/2010 art. 5

<sup>35</sup> Los certificados serán emitidos únicamente por organismos autorizados por la Comisión, tras comprobar que tienen capacidad para verificar el cumplimiento de las condiciones mencionadas. Para esto el Reglamento de aplicación incluye un procedimiento de solicitud y reconocimiento por parte de la Comisión. Reglamento 737/2010 art. 6, 7. El Reglamento ha de ser implementado por los Estados Miembros, que (i) establecerán las sanciones aplicables a las infracciones del reglamento y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación, lo que notificarán a más tardar el 20 de agosto de 2010; y(ii) designarán una o varias autoridades competentes para comprobar y controlar los certificados. Reglamento 1007/2009 art. 6. Reglamento 737/2010 art. 9.

<sup>36</sup> Opinión científica del Panel de Salud y Bienestar Animal de EFSA en una solicitud de la Comisión Europea relacionada con aspectos de bienestar animal en el sacrificio y despellejo de las focas (cuestión EFSA-Q-2007-118). Informe EFSA “Aspectos de bienestar animal relacionados con el sacrificio y despellejo de las focas” EFSA Journal (2007 610 p. 1-122- <http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/610.htm>

<sup>37</sup> Un buen resumen de estas razones y su relevancia regulatoria se encuentra en: Robert Howse and Joanna Langille. Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values. New York University School of Law. Working Paper no. 11-82. December 2011. Página 388. Este artículo pone de relieve un importante, la posibilidad de que lo que se entiende por crueldad frente a los animales, el margen de crueldad que la sociedad encuentra aceptable, sea diferente entre una y otra sociedad.

<sup>38</sup> Dicho informe presenta diferentes opciones regulatorias, incluyendo opciones para la trazabilidad de los productos basadas en la posibilidad de admitir productos obtenidos en cumplimiento de ciertos estándares y certificados como tales. Assessment of the potential impact of a ban of products derived from seal species DG Environment -COWI (April 2008)

prohibición total de comercio puede ser una medida efectiva, por las dificultades asociadas al control de la caza de los animales y la verificación de las condiciones en que dicha caza tiene lugar. Como parte de este estudio se organizó una reunión con el sector en noviembre de 2009<sup>39</sup>.

El Reglamento fue objeto de un recurso de anulación presentado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por las comunidades inuit de Canadá, que fue desestimado por razones procedimentales<sup>40</sup>.

## **V. EL CASO COMUNIDADES EUROPEAS – COMERCIO DE PRODUCTOS DERIVADOS DE LAS FOCAS**

Esta sección presenta los elementos del Informe del GE en el Asunto Comunidades Europeas-Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas (WT/DS400/R y WT/DS401/R). Para facilitar la comprensión del lector, se incluye una breve explicación de los artículos fundamento de la disputa y cómo estos han sido interpretados por el OSD de la OMC.

El procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC fue iniciado el 2 noviembre de 2009 por Canadá<sup>41</sup>, a través de una solicitud de consultas con la Unión Europea acerca del régimen comunitario sobre productos derivados de las focas (reglamento de base y reglamento de aplicación) con base al artículo 4 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD)<sup>42</sup>. Por su parte Noruega presentó una solicitud de consultas el 5 de noviembre de 2009.

---

[http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal\\_welfare/seals/pdf/seals\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal_welfare/seals/pdf/seals_report.pdf)

<sup>39</sup> En [http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal\\_welfare/seals/seal\\_hunting.htm](http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal_welfare/seals/seal_hunting.htm)

<sup>40</sup> En su Auto de 6 de septiembre de 2011<sup>40</sup> el Tribunal desestimó el asunto, sin entrar a discutir el fondo del mismo, por considerar que no afectaba directa e individualmente a los demandantes. Cabe mencionar que, si bien no existe un pronunciamiento detallado por parte del Tribunal, llama la atención que: (1) mediante auto previo de 30 de abril de 2010<sup>40</sup> la petición de medidas provisionales, que estarían dirigidas a paliar los efectos de la medida en el comercio de las focas de la comunidad inuit de Canadá, y (2) la sentencia de inadmisibilidad implica que el Tribunal no reconoció que el Reglamento afecte directa e individualmente a los demandantes. En otras palabras, el Tribunal se adelanta al OSD de la OMC en considerar que el reglamento no podía considerarse una medida discriminatoria.

<sup>41</sup> Cabe hacer referencia al caso WT/DS/369/1, en que Canadá solicitó la creación de un Grupo especial para analizar las medidas nacionales aprobadas por Bélgica y Países Bajos sobre la importación y comercialización de productos derivados de las focas (CE — Productos derivados de las focas II) [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds369\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds369_s.htm)

<sup>42</sup> Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Anexo 2 al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dsu\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm)

Ambos presentaros solicitudes de consultas suplementarias, y ser asociados a las consultas suplementarias solicitadas por el otro en octubre de 2010. El 11 de febrero y 14 de marzo de 2011 respectivamente, Canadá y Noruega solicitaron el establecimiento de un GE de conformidad con el artículo 6 del (ESD). El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció un GE el 25 de marzo de 2011 atendiendo a la solución de Noruega y un GE el 21 de abril del mismo año, atendiendo a la solicitud de Canadá, y convino, con arreglo al artículo 9 del ESD en caso de pluralidad de partes reclamantes, en que el GE establecido para examinar la reclamación del Canadá examinaría también la reclamación de Noruega<sup>43</sup>.

El Informe del GE fue publicado el 25 de noviembre de 2013<sup>44</sup>. Incluye un análisis pormenorizado del régimen comunitario de comercialización de productos derivados de las focas, en contexto del acervo comunitario en materia de bienestar animal y de los antecedentes regulatorios de dichos reglamentos, tanto en sede comunitaria como por parte de algunos de los Estados Miembros de la UE.

En este asunto Canadá y Noruega (los reclamantes) alegan que el régimen de la UE infringe varias obligaciones que corresponden a la Unión Europea en virtud del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC. Estas son:

1. Las condiciones CI y GRM del régimen de la UE para las focas incumplen las obligaciones de no discriminación establecidas en el Artículo I.1 y Artículo III.4 del GATT de 1994. Canadá extiende la no discriminación al Artículo 2.1 del Acuerdo OTC<sup>45</sup>.
2. El régimen de la UE para las focas crea un obstáculo innecesario al comercio incompatible con el Artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
3. El sistema de evaluación de la conformidad establecido no cumple con los requisitos del Artículo 5 del Acuerdo OTC.

---

<sup>43</sup> WT/DSB/M/295, párrafo 73, WT/DS400/5 y WT/DS401/6 (en WT/DS400/R y WT/DS401/R nota al pie 11 pág.13. El mandato del Grupo Especial es “examinar a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por el Canadá en el documento WT/DS400/4, y por Noruega en el documento WT/DS401/5, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos”.

<sup>44</sup> El Grupo Especial tuvo en cuenta las alegaciones de Noruega, Canadá y la Unión Europea, así como los argumentos de Colombia, Islandia, Japón, Méjico, Namibia y los EEUU. Ver anexo al Informe del GE WT/DS400/R/Add.1 ; WT/DS401/R/Add.1 en <https://docs.wto.org>

<sup>45</sup> Los reclamantes aducen que las condiciones CI y GRM otorgan a los productos derivados de las focas procedentes del Canadá y Noruega (productos importados) un trato menos favorable que el concedido a productos derivados de las focas similares de origen nacional (Suecia y Finlandia), así como a los procedentes de Groenlandia.

4. Cada una de las excepciones (condiciones CI, GRM y viajeros) impone restricciones cuantitativas al comercio de incompatibles con el Artículo XI.1 del GATT 1994.
5. El régimen comunitario anula o menoscaba ventajas resultantes para ellos en virtud de los acuerdos abarcados, en el sentido del párrafo 1 b) del Artículo XXIII del GATT de 1994.

El presente trabajo se concentrará en el análisis de los dos primeros aspectos, (1) el principio de no discriminación y nación más favorecida (en aplicación del Acuerdo OTC - Artículo 2.1, por un lado, y del GATT - Artículos I y III en combinación con Artículo XX, por otro lado); y (2) la obligación de no establecer obstáculos innecesarios al comercio a no ser que éstos persigan un objetivo legítimo (Artículo 2.2 del Acuerdo OTC). Se prestará especial atención al tratamiento del GE a dos de las excepciones (condición CI y condición GRM) con referencias aisladas a las otras excepciones del régimen (viajeros y perfeccionamiento activo)<sup>46</sup>.

Para facilitar la comprensión de estos aspectos (y simplificar el análisis del Informe del GE), antes de entrar en el contenido de la sentencia se propone una explicación de los artículos clave a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia del OSD. Esta explicación partirá del Acuerdo más general (GATT) para analizar a continuación el más específico (OTC)<sup>47</sup>, haciendo una breve reflexión en la relación entre ambos acuerdos.

En resumen, en la primera sub-sección se procede a analizar:

- (i) El Artículo I y el III.4 del GATT (prohibición de discriminación)
- (ii) La aplicabilidad de las excepciones del artículo XX del GATT.
- (iii) Los artículos 2.1, 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.
- (iv) La diferencia entre ambos Acuerdos, GATT y OTC.

---

<sup>46</sup> El motivo (3) (sistemas de evaluación de conformidad) presenta una problemática de alto interés, cual es los mecanismos aceptables para verificar la aplicación de estándares y cómo éstos pueden constituir obstáculos añadidos para el comercio. Por otro lado, profundizar en los mecanismos de evaluación y verificación de la conformidad en un contexto de comercio internacional requeriría entrar en la explicación y el análisis de estos mecanismos (incluyendo los sistemas de acreditación y certificación internacionalmente reconocidos) lo que excede el objeto de este estudio.

En cuanto al motivo (4), este se basa en la consideración de que el régimen de base y sus excepciones han de ser evaluados de forma independiente, y no como una regla general con excepciones resultado de la voluntad regulatoria de encontrar un equilibrio entre bienes jurídicos diferentes. Considerando que este motivo no ha sido aceptado por el Informe del Grupo especial, no dedicaremos espacio al análisis pormenorizado de este aspecto, sino sólo a la explicación de la diferencia entre los Artículos I/III y el Artículo XI del GATT.

<sup>47</sup> El Grupo especial parte del análisis inverso (OTC-GATT) por lo que se adoptará dicho orden en la sección sobre el análisis de la sentencia. Sin embargo, en esta sección expositiva parece más claro hacer un análisis siguiendo un orden Acuerdo general/acuerdo especial.

Además del análisis del caso en estudio, se profundiza en aspectos de los Artículos del GATT no totalmente relevantes para el análisis del Informe del GE. Con ello este autor pretende elaborar argumentaciones jurídicas que sirvan para fundamentar algunas de las conclusiones en materia de bienestar animal que cerrarán este trabajo.

Queda añadir que, a fecha de cierre de este trabajo, tanto la UE como Noruega habían enviado sendas comunicaciones por las que se solicita que dictamine el Órgano de Apelación. El Informe del OA se espera para finales de mayo/junio de 2014.

### **(1) ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS ALEGADOS POR LAS PARTES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL OSD**

Diferentes Acuerdos de la OMC<sup>48</sup> recogen medidas aplicables a las restricciones al comercio de animales y sus productos. Entre éstos cabe citar el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) 94 para aspectos generales del comercio de bienes, el Acuerdo sobre Agricultura sobre las restricciones cuantitativas a productos agropecuarios, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), cuando estas medidas son necesarias para preservar el nivel deseado de protección de la sanidad animal y la inocuidad alimentaria y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, como un interés legítimo de los países al establecer medidas técnicas justificadas por objetivos “legítimos” de política pública<sup>49</sup>.

Estos Acuerdos combinan disposiciones dirigidas al facilitar el libre comercio, y la progresiva eliminación de obstáculos innecesarios y prácticas proteccionistas, con una serie de excepciones basadas tanto en el llamado “*derecho de los países a regular*”, como en el derecho de los países a protegerse frente a ciertos riesgos (sanitarios, ambientales o económicos). Dada la amplitud de cuestiones que podrían requerir este tipo de excepciones, tanto los Acuerdos generales (como en GATT) como los tratados más específicos (Acuerdos MSF o OTC) incluyen cláusulas generales cuyo contenido y aplicabilidad han evolucionado a través de los años

---

<sup>48</sup> El acervo de la Organización Mundial de Comercio se compone de alrededor de 60 Acuerdos y textos jurídicos aprobados en torno al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994. [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/agrm1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm1_s.htm)

<sup>49</sup> Resultan también de aplicación el Acuerdo de Agricultura (cuando la medida incluye restricciones cuantitativas a la importación o subsidios que comprometan la libre competencia) y el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en casos en que entren en juego nuevas razas o razas resultado de la experimentación o la modificación genética.

siguiendo una activa jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC<sup>50</sup> (OSD).

Entre estas excepciones destacan el Artículo XX del GATT, que incluye dos excepciones a los principios de libre comercio que pueden servir para justificar medidas restrictivas al comercio de animales. Estas son la moral pública (letra a), la sanidad animal (letra b) y la conservación de los recursos naturales agotables (letra g). También el Acuerdo OTC hace referencia tanto en su Preámbulo como en su Artículo 2.2. a los “objetivos legítimos” que pueden justificar el recurso por un Estado a una práctica restrictiva del comercio.

- ***El Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)***

Los principios básicos de la normativa de la OMC con respecto al comercio de bienes se recogen en el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Este Acuerdo, aprobado inicialmente en 1947, ha sido revisado y recogido en el GATT 94, uno de los Acuerdos que forman parte del Acuerdo Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio<sup>51</sup>. En virtud de su carácter general, el GATT se aplica a todas las medidas reglamentarias (de aplicación nacional o extraterritorial) que afectan al comercio internacional de bienes.

Entre las obligaciones introducidas por el GATT destacan, para los fines de este trabajo, el principio de no discriminación incorporado en los Artículos I y III, y el principio de no prohibición general a las importaciones de un producto del Artículo XI.1. Como hemos señalado, el Artículo XX establece excepciones a estas reglas generales con el fin de conjugar la legítima voluntad regulatoria de los Estados con las obligaciones del Acuerdo.

---

<sup>50</sup> El Órgano de Solución de Diferencias se regula en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias que se aprueba como Anexo 2 al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech en 1994. El artículo 2 de este Acuerdo establece el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), facultado para establecer Grupos Especiales (ad hoc), adoptar los informes de los Grupos Especiales y del OA, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los Acuerdos de la OMC. El Entendimiento regula tres “etapas” o instancias del procedimiento que inician con la solicitud formal de consultas y fase de conciliación y mediación (artículos 4 y 5); la constitución de Grupos Especiales y elaboración de informes de dichos grupos (artículos 6 a 16), y el recurso de apelación a un Órgano permanente de Apelación establecido en el artículo 17. El incumplimiento de un pronunciamiento del OSD puede dar lugar a compensaciones y a la suspensión de las concesiones (artículo 22).

<sup>51</sup> El Acuerdo por el que se establece la OMC recoge en su Anexo 1 una serie de acuerdos en tres áreas: acuerdos generales sobre comercio de bienes (1A), comercio de servicios (1B) y propiedad intelectual, además de una serie de Acuerdos específicos sobre bienes y sobre servicios incluidos en sus Anexos 1 y 2. Además, el sistema cuenta con un entendimiento para la solución de diferencias y con dos Acuerdos plurilaterales.

El **Artículo I** del GATT consagra la cláusula de “Trato general de la nación más favorecida (NMF)”. Para ello dispone que los gravámenes o preferencias impuestos o reconocidos a un producto originario de un país, serán automáticamente reconocidos a todo *producto similar* originario del territorio de otra parte contratante<sup>52</sup>.

Por su parte, el **Artículo III** del GATT sobre " Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores" establece que las medidas regulatorias nacionales no deberían aplicarse de manera que se proteja la producción nacional (párrafo 1 Artículo III). El párrafo 4 añade que los productos importados “*no deberán recibir un trato menos favorable que los productos similares de origen nacional*”.

Para demostrar una incompatibilidad con el Artículo I.1 deben concurrir i) que exista una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" del tipo abarcado por el párrafo 1 del artículo I; y ii) que esta ventaja no se conceda "inmediata e incondicionalmente" a todo producto similar originario de todos los demás Miembros de la OMC o a ellos destinado. Para evaluar la compatibilidad con el Artículo III.4 se debe examinar: i) si la medida es una ley, reglamento o prescripción que afecta a la venta, la oferta para la venta, la compra y el uso de productos en el mercado interior; ii) si los productos en cuestión son similares; y iii) si los productos importados reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares.

Ambos artículos presentan aspectos diferentes, pero complementarios, del principio de no discriminación. El primero busca garantizar la igualdad de trato de los "productos similares" extranjeros en la frontera, el segundo requiere que los productos importados no estén sujetos a un régimen menos favorable que el aplicado a los "productos similares" nacionales<sup>53</sup>.

Subyace el como principio el “derecho a regular” de los países con las limitaciones expresas de los acuerdos multilaterales<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Ver Artículo I. GATT 1947 en [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/06-gatt\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm). Los apartados 2 a 4 recogen ciertas excepciones a esta regla general, basadas en acuerdos preferenciales.

<sup>53</sup> Para demostrar una incompatibilidad con el Artículo I.1 deben concurrir i) que exista una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" del tipo abarcado por el párrafo 1 del artículo I; y ii) que esta ventaja no se conceda "inmediata e incondicionalmente" a todo producto similar originario de todos los demás Miembros de la OMC o a ellos destinado. Para evaluar la compatibilidad con el Artículo III.4 se debe examinar: i) si la medida es una ley, reglamento o prescripción que afecta a la venta, la oferta para la venta, la compra y el uso de productos en el mercado interior; ii) si los productos en cuestión son similares; y iii) si los productos importados reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares (Informe del OA, Corea - Carne vacuna, párrafo 133)

<sup>54</sup> El “derecho a regular” de los países es analizado por el organo de apelación en en asunto China – Medias que afectan los derechos comerciales y servicios de distribución de de ciertas publicaciones y material audiovisual (WT/DS363/AB/R) 21.12.2009. 136-138.

- ***No discriminación de "productos similares"***

Por ello, la consideración de “productos similares” adquiere gran relevancia para la aplicación de los Artículos I.1 y III.4<sup>55</sup>. Si bien no existe una definición clara de lo que constituye un “producto similar”<sup>56</sup> este concepto ha sido ampliamente analizado por el OSD y por la doctrina y es una de las “vías de acceso” a explorar para las normas de bienestar animal en un contexto de comercio internacional, por lo que dedicaremos cierta atención a este aspecto.

Si bien el OSD ha afirmado que el análisis sobre si dos productos son o no similares ha de hacerse caso por caso<sup>57</sup>, los cuatro criterios que han sido aplicados más comúnmente<sup>58</sup> son: (1) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; (2) sus usos finales; (3) los gustos y hábitos de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria internacional de los productos.

Una medida que discrimine indirectamente los productos de cierto país podría constituir una discriminación “de facto”<sup>59</sup>. Esta discriminación, para la OMC no implica que sea preciso dar un trato idéntico a los productos de dos países. En el caso EEUU-Camarones el Órgano de Apelación (en adelante OA) afirmó que la obligación de no discriminación entre países y productos similares implicaba también la obligación de tratar de modo diferentes productos y países en que prevalecen condiciones diferentes<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Ver al respecto: Índice analítico de la OMC — Guía de las normas y usos de la OMC, available at [http://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/analytic\\_index\\_s/analytic\\_index\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/analytic_index_s/analytic_index_s.htm); y Choi, W-M. 2003. ‘Like products’ in international trade law: towards a consistent GATT/WTO jurisprudence (Oxford University Press), en Gracia Durán y otros: Organic Production and the Law” FAO, Legislative Study 107, page 57.

<sup>56</sup> El término “producto similar” aparece en el GATT Artículos I, II.2.(a), VI.1.(a),(b.(i))y (4); IX.(1); XI.2(c)(i) y (ii); XIII (1); XVI (4) y XIX (1) (a) y (b). El artículo III (2) sin embargo hace referencia a productos “directamente competitivos o sustituibles” (lo que sugiere un ámbito más amplio)

<sup>57</sup> Informe del Grupo de Apelación Japón – Bebidas alcohólicas WT/DS8/AB/R y WT/DS10/AB/R (4.10.1996)

<sup>58</sup> Este marco básico para el análisis de la "similitud" de los productos fue elaborado por primera vez por el Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en las fronteras, con respecto al GATT, y a partir de entonces siguió siendo aplicado por el OSD, entre otros, en el caso Canadá – Periódicos (WT/DS31/AB/R). En este Informe el OA reconoció tres criterios (1) los usos finales del producto en un mercado determinado; (2) los gustos y costumbres de los consumidores; (3) las propiedades del producto, naturaleza y calidad intrínseca. En el Caso EEUU-Amianto, el OA incorpora un cuarto criterio, la clasificación arancelaria (WT/DS135/AB/R) 12.3.2001. p.73

<sup>59</sup> Ver Caso Canadá- Medidas que afectan a la industria del automóvil. WT/DS139/AB/R Y WT/DS142/AB/R, en que el OA confirmó que la discriminación contenida en GATT I.1. incluye discriminación “de facto”.

<sup>60</sup> EEUU – Camarones (2001) párrafo 149, y (1998) párrafo 164: “No es aceptable en las relaciones comerciales internacionales que un Miembro de la OMC utilice un embargo económico para exigir que otros Miembros adopten esencialmente el mismo programa reglamentario integral para alcanzar determinada meta política, como el programa en vigor en el territorio de ese Miembro, sin tener en cuenta las diferentes condiciones que puedan existir en los territorios de esos otros Miembros”.

Los productos cuyo factor diferencial se basa en haber seguido procesos de producción que no tienen un impacto en las características del producto (PPMs) han encontrado mayores dificultades para ser conocidos como productos no-similares<sup>61</sup>. Frente a la “opinión tradicional” de que los PPM no pueden considerarse para determinar que dos productos son “diferentes”<sup>62</sup>, otros autores han defendido la importancia de tener en cuenta las diferencias entre dos productos basadas en métodos de producción, especialmente en relación con los estándares ambientales y el bienestar animal<sup>63</sup>. Entre la doctrina ambientalista, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible ha afirmado que no tendría sentido, desde una perspectiva ambiental, no poder reconocer que dos productos son diferentes si sus procesos de producción tienen un diverso impacto ambiental<sup>64</sup>. Archibald<sup>65</sup> afirma que tanto el GATT Artículo XX letra (g) como el propio Acuerdo OTC incluyen una base jurídica suficiente para que el OSD considere que los PPM pueden justificar el trato de dos productos como productos diferentes<sup>66</sup>. Archibald y Thomas<sup>67</sup> abogan por que, si bien la protección de la salud justifica una toma de posición más

---

<sup>61</sup> En el caso EEUU- Atún, la restricción impuesta por EEUU a la importación de atún cazado con redes que pueden atrapar delfines, frente a los cazados con otro tipo de redes fue declarada incompatible con la OMC (WT/DS21/AB/R) 1991 (en Fitzgerald, *Morality might not be enough to Justify the EU Seal Products Ban: Animal Welfare Meets International Trade Law*. *Journal of International Wildlife Law & Policy*, vol. 14. Página 100). La distinción entre productos / procesos de producción fue establecida en tiempos del antiguo GATT y ha sido recogida por recientes pronunciamientos del OSD (EEUU- Gasolina (20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 21 y ss.) y Canada-Periodicos (30 de julio de 1997, WT/DS31/AB/R, páginas 26 y 27.) y ha sido criticada por miembros de la doctrina R. Howse and D. Regan, *The Product/Process Distinction-An Illusory Basis for Disciplining Unilateralism* (2000) 11 *European Journal of International Law* cit. supra (ver nota al pie 2).

<sup>62</sup> Charnovitz: *The Law of Environmental PPMs in the WTO: Debunking the Myth of Illegality*, 27 *Yale J. International Law*. 59, 70 (2002).

<sup>63</sup> Kysar, D.A. *Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumers' Choice*, 118 *Harvard Law Review*. 525 (2004); Fitzgerald, P. *Morality might not be enough to Justify the EU Seal Products Ban: Animal Welfare Meets International Trade Law*. cit. supra nota al pie 61. página 101.

<sup>64</sup> UNEP/IISD *Manual de Medio Ambiente y Comercio*, 2º ed. 2005, Punto 5.1., página 61 (Productos y procesos de Producción) [http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2005/envirotrade\\_handbook\\_2005\\_es.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2005/envirotrade_handbook_2005_es.pdf)

<sup>65</sup> Archibald recuerda el EEUU- Camarones el OA dictaminó que las medidas tomadas con respecto a un método de producción extranjero son admisibles, pero no porque los productos fuesen considerados como diferentes (en cuyo caso no se habrían dado las circunstancias para analizarlos a la luz de los Artículos I y III del GATT) sino porque resulta de aplicación una de sus excepciones, la letra (g) del Artículo XX sobre conservación de recursos naturales. (EEUU - Camarones (2001) ) Añade esta autora que la opinión de la doctrina de que los PPM no podrían considerarse a la base de la distinción entre productos viene de un antiguo caso analizado en el marco del GATT (47) y ampliamente superado. Caso Bélgica – Subsidios familiares. G/32 1952 (Nov.6, 1952). Archibald, Catherine Jean: *Forbidden in the WTO? Discrimination Against a product when its creation causes harm to the environment or animal welfare*. En *Natural Resources Journal*, Vol. 48, 2008.

<sup>66</sup> En palabras de esta autora, tanto los estándares ambientales como los estándares de bienestar animal, no tendrían cabida en el marco del comercio internacional si no se pudiese considerar que el impacto (ambiental o de bienestar animal) del proceso de producción de un producto es suficiente para justificar un diferente tratamiento comercial.

<sup>67</sup> Archibald, (cit. supra nota al pie 65) Página 25 (“Consumers are likely to prefer products made by less harmful methods”). Thomas, E. *Playing Chicken at the WTO: Defending an Animal Welfare-Based Trade Restriction Under GATT's Moral Exception*, 34 *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.* 605 (2007). Página 612.

clara en este caso, el criterio de “preferencias del consumidor”<sup>68</sup> podría aplicarse para considerar de dos productos como no similares para los consumidores, en función de sus procesos de producción<sup>69</sup>.

Con referencia al asunto UE- Productos derivados de las focas, Howse<sup>70</sup> afirma que sería argumentable considerar que los productos elaborados, o derivados de cacerías practicadas por comunidades indígenas protegidas por las la Declaración de Derechos de las Poblaciones indígenas, no son productos similares a los producidos por grandes empresas no gestionadas por comunidades indígenas ni con fines de subsistencia. En referencia más amplia a todas las normas de bienestar animal, también Vesilind<sup>71</sup> sugiere que la UE podría argumentar que se trata de productos diferentes, con fundamento en (1) las implicaciones derivadas de los diferentes procesos de producción; (2) las preferencias de los consumidores y; (3) el diferente impacto e en la salud pública.

Por su parte, el **Artículo XI.1** establece la obligación de no establecer “... *prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de [otro miembro]*“. El artículo XI no se aplicaría en principio a las normas aplicables tanto al régimen interno como internacional sino sólo a las prohibiciones directas a la importación de productos<sup>72</sup>, entre productos que sean directamente competidores<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> En el caso EEUU-Amianto, el OA reconoció que, aunque no se encontraba entre los cuatro criterios utilizados para verificar que los productos son similares, el hecho de que entre dos productos uno de ellos tenga efectos nocivos por la salud puede muy bien considerarse como suficiente para estimar que no se trata de dos productos similares. Es cierto que en este caso la diferencia no se refería a PPMs sino a características del producto.

<sup>69</sup> Por el contrario, Fitzgerald afirma que la incertidumbre sobre si, y en qué medida las normas de bienestar animal como reglas que afectan a los procesos de producción, pueden justificar el tratamiento de dos productos como dispares, ha llevado, por ejemplo, a la Unión Europea a modificar las normas sobre prohibición de la caza de animales de pieles con trampas (Reglamento 3254/1991 y adaptarlas para no afectar a los productos de los mayores importadores (EEUU, Canadá y Rusia) en el entendimiento que las normas de la OMC no permitirían diferenciar entre pieles de animales capturadas con cepas y animales atrapados con métodos menos crueles (citado en nota al pie 61). Otras normas europeas cuya implementación se ha adaptado en atención a las normas de la OMC son la el Reglamento 1223 de 2009 sobre cosméticos. Otras normas que han avanzado en dirección de establecer diferencias basadas en los métodos de producción son el Reglamento 5/2001 sobre etiquetado de huevos (DOL 2 5.1.2001).

<sup>70</sup> R. Howse and D. Regan, ‘The Product/Process Distinction-An Illusory Basis for Disciplining Unilateralism’ (cit. supra ver nota al pie n.2). Página 403.

<sup>71</sup> Vesilind, Pamela: Continental Drift: Agricultural Trade and the Widening gap between EU and US animal welfare laws. Cit supra. (Ver nota al pie 8), página 18.

<sup>72</sup> Nota interpretativa al artículo III, en Anexo I al GATT 1994. En el mismo sentido, R. Howse and D. Regan, cit.supra. ver nota al pie n.2 p. 405.

<sup>73</sup> Fitzgerald afirma que una medida que resulte en una restricción a la importación de productos que no cumplen con estándares locales de producción podría ser considerada una restricción en sentido del artículo XI (cit. Supra nota al pie 61). Página 104. En el mismo sentido, Thomas afirma que las restricciones a la importación basadas en PPM serían considerados como una prohibición a la importación y no como una discriminación (y por tanto analizados con referencia al Artículo XI y no al Artículo III). Siempre siguiendo a este autor, cuando una medida

- **El Artículo XX (Excepciones)**

Las excepciones a las obligaciones del GATT están incluidas en su **Artículo XX**, para cuya aplicabilidad hay que hacer referencia a dos partes: (i) la introducción del artículo (Preámbulo), y (ii) diez excepciones que los países pueden alegar para adoptar medidas contrarias al GATT, siempre que se cumplan las condiciones del preámbulo.

En palabras del OA la interpretación del Artículo XX *“equivale a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas del GATT de 1994... La ubicación de la línea de equilibrio ... no es fija ni inalterable; la línea se mueve "según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos”*<sup>74</sup>.

El Preámbulo<sup>75</sup> recoge, en cierto sentido, el derecho de las partes a regular para alcanzar ciertos objetivos regulatorios, siempre que sus medidas no *“constituya[n] un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional”*<sup>76</sup>. Las medidas que puedan, en principio, ampararse a una de las excepciones del Artículo XX, habrán de pasar un segundo análisis para determinar si producen: a) una discriminación arbitraria o

---

es considerada en el ámbito del artículo XI, se entiende que es, en principio, contraria al GATT, sea o no discriminatoria, y puede ser analizada sólo con respecto a la aplicabilidad del Artículo XX, frente a las medidas que entren en el ámbito del Artículo III, que podrían jugar la carta de argumentar que los “productos no son similares”. Edward M. Thomas, *Playing Chicken at the WTO: defending an animal welfare-based trade restriction under GATT's moral exception*. Cit. supra nota 67. Page 615 (note 92) Este autor cita también a Stenvenson: *The WTO Rules: a legal analysis of their adverse impact on animal welfare*, 8. *Animal Law*. 107 (2002)

<sup>74</sup> Informe del OA, *EEUU - Camarones*, párrafo 159. Véase también el Informe del OA, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 224.

<sup>75</sup> *“A reserva de que no apliquen las medidas enumeradas a continuación en 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, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas [incluidas en las excepciones del Artículo XX letras a) a j)]*

<sup>76</sup> El OA pone de manifiesto que el preámbulo incluye un “principio de buena fe”: *“el preámbulo cumple la función de asegurar que el derecho de los Miembros a valerse de las excepciones se ejerza de buena fe para proteger intereses considerados legítimos con arreglo al artículo XX y no como medio para eludir sus obligaciones para con otros Miembros de la OMC* Informe del OA, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafos 215 y 224. En el caso *EEUU- Camarones*, el OA declaró que *“el lenguaje del preámbulo deja claro que cada una de las excepciones previstas en los apartados (a) a (j) del artículo XX es una excepción limitada y condicional de las obligaciones sustantivas contenidas en el otro disposiciones del GATT ”* <sup>76</sup>. El GE en este caso afirmó, *‘cuando se considera una medida bajo el Artículo XX, debemos determinar no sólo si la medida por sí sola menoscaba el sistema de comercio multilateral de la OMC, sino también si ese tipo de medidas, si fuera a ser adoptado por otros Miembros, pondría en peligro la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio’*<sup>76</sup>

injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones; o b) una restricción encubierta al comercio internacional<sup>77</sup>.

Hay un aspecto más a tener en cuenta: dependiendo del grado en que una medida restrinja el comercio internacional, más exigente será el examen de si dicha medida es necesaria para ampararse en alguna de sus excepciones. Esta “relación” entre la necesaria “contribución” de la medida a uno de los objetivos aceptables y su grado de restricción del comercio fue reconocida por el OA en relación al Artículo XX del GATT<sup>78</sup>, pero no así, como veremos, en el caso del Artículo 2.2 del Acuerdo OTC<sup>79</sup>.

De entre las diez excepciones, diferentes autores coinciden en señalar tres como potencialmente relevantes para el bienestar animal<sup>80</sup>: letras “(a) *necesarias para proteger la moral pública; (b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, (...) (g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. (...)*”.

Sobre la excepción de la letra a) (necesarias para preservar la moral pública) el OSD ha afirmado que “*figura entre los valores o intereses más importantes perseguidos por los Miembros como una cuestión de política pública*”<sup>81</sup>. Es importante mencionar que esta excepción sólo se ha invocado en dos casos, uno en relación al GATT (China- producción audiovisual) y una en relación a un precepto análogo en el GATS (EEUU- Juegos de Azar<sup>82</sup>). En el caso Estados Unidos –Juegos de Azar, el OA caracterizó la *moral pública* como un “*concepto dinámico que puede cambiar espacial y temporalmente según una variedad de*

---

<sup>77</sup> Siguiendo el caso EEUU- Camarones (1998) el análisis del Preámbulo lleva a analizar: (a) si la medida cuenta con la necesaria flexibilidad como para adaptarse a las diferentes circunstancias de los países que se verán afectados; (b) si el país ha tratado de negociar con los países afectados acuerdos antes de aprobar una medida restrictiva del comercio, y (c) si la medida es “*de facto*” discriminatoria.

<sup>78</sup> Informe del OA: Brasil – Neumáticos recauchutados, párrafos 150-151

<sup>79</sup> En el marco del Artículo 2.2. del OTC el OA no ha considerado necesario “cuantificar” esta contribución. Así en los asuntos EEUU- Atún) y EEUU - EPO, la prueba de la necesidad aplicada por el OA en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 supuso una evaluación del “grado de la contribución” de una medida sin determinar necesariamente si el grado efectivo de la contribución de la medida alcanzaba un determinado umbral mínimo como una contribución importante o significativa. (en Informe del GE nota al pie 977). Recordemos pues que el grado de restricción del comercio de una medida está estrechamente relacionado con el grado de su contribución al objetivo, que ha de ser demostrado al evaluar la necesidad de general de una medida en el contexto del Artículo XX del GATT.

<sup>80</sup> Ver Thomas, *Playing Chicken at the WTO: Defending an Animal Welfare-Based Trade Restriction Under GATT's Moral Exception*, cit. Supra nota 67. Páginas 18 a 20

<sup>81</sup> Informe del Grupo Especial, China – Audiovisual 21.12.2009, párrafo 7.817

<sup>82</sup> Informe del OA. EEUU - Juegos de Azar 7.4.2005. Informe del OA China - Audiovisuales – (WT/DS/363/AB/R)

*factores, que incluyen valores sociales, culturales, éticos y religiosos*<sup>83</sup>. El OA ha reconocido asimismo que cada país debería tener cierta discrecionalidad para determinar sus valores morales<sup>84</sup>.

El análisis de una medida en el marco de la letra a) del Artículo XX lleva a cuestionarse (1) si puede considerarse como elemento de “moral pública”; (2) si es “necesario” para proteger dicha moral, y (3) si cumple con las condiciones del preámbulo<sup>85</sup>. El criterio de necesidad se determina a través de *"un proceso en el que se sopesa[n] y se confronta[n]" "todos los factores pertinentes, en especial el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego. Cuanto más vitales o importantes sean los intereses o valores que fomenta una medida, más fácil será aceptar esa medida como necesaria.*<sup>86</sup>. En caso positivo, hay que comparar la medida con las posibles alternativas que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido<sup>87</sup>. En los dos asuntos citados, el OA atendió a las preocupaciones morales detrás de las medidas alegadas, pero encontró que los regímenes jurídicos de los demandados, en el caso de China, podía haber adoptado medidas menos restrictivas del comercio para alcanzar el mismo nivel de protección; y en el caso de EU, se aplicaba de forma discriminatoria, no consistente con las excepciones que el régimen preveía en su sistema interno. Necesidad y consistencia parecen así haber sido criterios necesarios para hacer recurso a esta excepción.

Otras excepciones que se podrían aplicar son las letras (b) y (g) del Artículo XX.

---

<sup>83</sup> Informe del Grupo Especial, EEUU - Juegos de azar, párrafos 6.465 y 6.461.

<sup>84</sup> Howes distingue, además, un concepto de moral pública “instrumental” (preservación de la sociedad frente a ciertas prácticas contrarias a la moral pública) de un concepto “no instrumental” (aspectos que son una expresión directa de los valores éticos o morales). Este autor defiende también que la expresión y la defensa de un valor moral ha de dejar espacio a la pluralidad de valores y a soluciones en que las sociedades hagan ciertas opciones para equilibrar esta pluralidad de valores. Este concepto de equilibrio entre bienes jurídicos protegidos, ha sido respaldado por el OA cuando, en el caso Estado unidos, cigarrillos de clavo de olor, reconoció que es posible que una medida tenga “varios objetivos” Esta dicotomía podría aplicarse al bienestar animal, como reflejo de un concepto instrumental de la moral pública (el bienestar de los animales y su protección frente a ciertas prácticas) y de un valor ético no instrumental: la opinión y ética públicas de la sociedad europea y su deseo de no participar en el comercio de productos derivados de prácticas crueles e inhumanas.

R. Howse and D. Regan, ‘The Product/Process Distinction-An Illusory Basis for Disciplining Unilateralism’ cit. supra (ver nota al pie 2) pag. 412 y ss.

<sup>85</sup> Según el OA, *"si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido"*<sup>85</sup> (Informe del OA, Brasil - Neumáticos recauchutados, párrafo 156)

<sup>86</sup> Informe del OA. Corea- Carne vacuna, párrafo 162 En “Informe del GE” Párrafo 7.630.

<sup>87</sup> Informe del OA, Brasil - Neumáticos recauchutados, párrafo 156

La medida incluida en letra (b) “*necesaria para (...) proteger la salud y la vida de las personas y los animales*” es normalmente alegada a través del Acuerdo de Medidas Sanitarias y fitosanitarias o del Acuerdo OTC. Siguiendo a Vesilind<sup>88</sup> podemos diferenciar dos supuestos en relación con el bienestar animal (i) la salud animal, y (ii) la salud pública (inocuidad alimentaria y salud humana). El primero de estos criterios sería alegable para aquellas medidas en que se pueda justificar una relación entre la medida de bienestar y un impacto en la salud física o “emocional” del animal<sup>89</sup>. Para este fin serían sin duda de gran ayuda el desarrollo pormenorizado de normas de referencia en el marco de la OIE. El segundo precisaría demostrar un vínculo entre (i) la norma de bienestar y la salud humana<sup>90</sup>.

Con respecto a la letra (g), podría ser más arduo encontrar supuestos en que sea posible alegar que una medida de bienestar animal sea “necesaria para la conservación de recursos naturales agotables”<sup>91</sup>. Para ello habría que demostrar que: (i) los animales son recursos naturales agotables; (ii) la práctica de bienestar animal restrictiva del comercio contribuiría a su conservación (y es necesaria para contribuir a dicha conservación).<sup>92</sup>

- ***Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)***

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio<sup>93</sup> tiene como objetivo que los reglamentos técnicos y procedimientos de verificación de conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio, pero al mismo tiempo otorga a los miembros el derecho de reglamentar para conseguir ciertos objetivos legítimos, como la protección de la salud y seguridad humanas o la

---

<sup>88</sup> Cit. Supra. Página 26.

<sup>89</sup> Los criterios que ha aplicado el OSD para evaluar una medida sanitaria son: (1) cuestionar si un Estado puede aprobar una medida de sanidad animal dirigida a preservar la salud de animales que se encuentran en otro Estado (efecto extraterritorial de la medida); (2) si la medida contribuye efectivamente a mejorar la salud de dichos animales; y (3) si la medida es necesaria para alcanzar dicho objetivo (y no hay otras medidas igualmente efectivas pero menos restrictivas del comercio al alcance del demandado).

<sup>90</sup> Este vínculo no es descabellado si pensamos que algunas normas sobre alimentación natural tienen el efecto de evitar el uso de químicos, medicamentos veterinarios u hormonas, que aunque sean “aceptadas” por los estándares sanitarios comprometen la inocuidad a largo plazo de un país que decida establecer un nivel “más alto” de protección de su estatus sanitario. Vesilind (cit. Supra. Ver nota al pie 8) Página 27. Esta autora recuerda que en el caso Brasil- Neumáticos recauchutados el OA afirmó la preeminencia de la salud pública como bien jurídico protegido. (Brasil –Neumáticos recauchutados 2007). En el mismo sentido cita el caso CE- Amianto.

<sup>91</sup> Esta medida podría aplicarse a la captura de especies protegidas, incluyendo no sólo especies protegidas por CITES sino también variedades genéticas cuya conservación sea justificable en el marco de la política nacional sobre recursos genéticos, como razas locales, razas resultado de mejora o selección genética o razas registradas objeto de programas de conservación.

<sup>92</sup> Sería necesario demostrar el “nexo ambiental” entre la medida y el efecto de conservación (Caso EEUU-Camarones)

<sup>93</sup> [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt_s.htm)

preservación del medio ambiente. Para ello, el Acuerdo establece cuándo se permite fijar tales obstáculos y bajo cuáles condiciones (notificación, transparencia en el desarrollo de las normas, el uso de estándares internacionales cuando sea apropiado, etc). Rige para todos los estándares gubernamentales e incluye la mayoría de los niveles de gobierno.

Mientras que la idea central del GATT es la de establecer un estándar relativo para el trato en el comercio de bienes basado en la no discriminación (nacional y entre productos importados), el OTC va un paso más allá al exigir que las medidas, además de no discriminatorias, no sean más estrictas de lo necesario con el comercio internacional.

El Acuerdo OTC se aplica sólo a los reglamentos técnicos y procesos de verificación de la conformidad<sup>94</sup>. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente: “... *los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país*”.

A diferencia del GATT, El OA ha explicado que “[en] el contexto del Acuerdo OTC (...) el requisito de 'trato no menos favorable' del párrafo 1 del artículo 2 (...) no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima”.

Pero esta no discriminación, no significa trato idéntico, y de hecho en el caso EEUU- Cigarrillos de clavo de olor, el Órgano de Apelación estipuló que la obligación de otorgar un "trato no menos favorable (...) no debe interpretarse en el sentido de que prohíbe el efecto perjudicial en las oportunidades competitivas de las importaciones en los casos en que ese efecto perjudicial deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas, en lugar de reflejar discriminación contra los productos importados”<sup>95</sup>

El análisis parte, como era el caso en el GATT, de si se trata de productos similares, o no. En un contexto de OTC, el OA ha afirmado que [l]a determinación de la similitud en el marco del

---

<sup>94</sup> Informe del OA, *EEUU - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180-182. Anexo 1. Se entiende por “Reglamento técnico” todo “Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas”.

<sup>95</sup> Informe del OA EEUU- Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 169, 174, 182 y 194. En Informe del Grupo especial, párrafo 7.171.

*párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, al igual que en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos*<sup>96</sup>.

Una vez que se ha constatado que los productos importados y los de origen nacional/de otros países son similares, se examina si la medida en litigio da a los productos importados un trato menos favorable: a) si la medida tiene un efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia del grupo de productos importados; y b) si el efecto perjudicial para las importaciones, de existir, deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria.

El Artículo 2.2 dota al Acuerdo OTC de un ámbito más amplio que el 2.1., al abordar las restricciones innecesarias al comercio sin condicionar éstas a la existencia de una discriminación<sup>97</sup>. Este artículo incluye un catálogo de objetivos legítimos que “condicionan” en principio de no establecer restricciones innecesarias al comercio.

En el asunto CE - Sardinias<sup>98</sup>, el OA de la OMC declaró que el término 'entre otros' en el artículo 2.2 extiende los objetivos cubiertos por 'objetivos legítimos' más allá de la lista de los objetivos que se mencionan específicamente en el artículo 2.2.

Para determinar cuándo un reglamento obstaculiza el comercio más de lo necesario (criterio de necesidad), el OA ha establecido los siguientes criterios: (i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo; (ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y (iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. Debe además realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas menos restrictivas.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Informe del OA, CE - Amianto, párrafo 102.

<sup>97</sup> Artículo 2.2. " Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos "

<sup>98</sup> CE-Sardinias, WTO doc WT/DS231/AB/R. 26.9.2002., párrafos 287-291

<sup>99</sup> Informe del OA, EEUU - Atún, párrafos 314-322. Informe del OA, EEUU - EPO, párrafo 374. En Informe del Grupo especial, nota al pie 586.

El Acuerdo OTC promueve el uso de normas internacionales en la elaboración de normas técnicas nacionales, si bien, a diferencia del Acuerdo MSF<sup>100</sup>, no identifica qué normas se consideran como referencia. En el asunto CE - Sardinias el OA reconoció las normas del Codex Alimentarius como normas internacionales pertinentes<sup>101</sup>. La importancia de este precedente es que, eventualmente, una norma de bienestar animal aprobada en el marco de la OIE podría considerarse con estándar de referencia en el marco del Acuerdo OTC.

- **La relación entre el GATT y el OTC**

Tanto el GATT como el Acuerdo OTC son acuerdos comerciales multilaterales incluidos en el Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech. Como el propio GATT indica, en caso de conflicto entre el GATT y otros acuerdos más específicos en materia de comercio de bienes del Anexo 1 de la OMC (como el Acuerdo OTC), prevalece el acuerdo específico (Nota interpretativa general al Anexo 1A)<sup>102</sup>.

En palabras del OA, el equilibrio que se establece en el Acuerdo OTC entre el deseo de evitar obstáculos técnicos al comercio (considerando 5 del Preámbulo) y el derecho a reglamentar (considerando sexto) es un equilibrio diferente al establecido en el Acuerdo del GATT, en que las excepciones generales del Artículo XX limitan obligaciones como el trato nacional establecido en el Artículo III. Resulta así que la formulación del principio de trato nacional del artículo 2.1 en el Acuerdo OTC<sup>103</sup> no cuenta con una excepción general como ocurre en el GATT.

El Órgano de Apelación ha observado igualmente que ambos acuerdos deben interpretarse de forma coherente y armónica<sup>104</sup>, si bien *“las obligaciones contenidas en uno y otro Acuerdo son diferentes y por tanto pueden conducir a diferentes resultados”*<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> El Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias señala como estándares internacionales de referencia los aprobados por la Comisión del Codex Alimentarius (para la inocuidad alimentaria), la OIE para la sanidad animal y la IPPC para la sanidad vegetal (Preámbulo, Artículo 3.4 y Anexo A).

<sup>101</sup> CE-Sardinias 2002., párrafos 287-291.

<sup>102</sup> Nota interpretativa General al Anexo 1A del Acuerdo de la OMC. *En caso de conflicto entre una disposición del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en los Acuerdos del Anexo 1A “Acuerdo sobre la OMC”) prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo.*

<sup>103</sup> Informe del OA, EEUU - Cigarrillos de clavo de olor, párrafos 99 y 100.

<sup>104</sup> Informe del OA, EEUU - Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 96 e Informe del GE, párrafo 7.584.

<sup>105</sup> Informes del OA, EEUU - Cigarrillos de clavo de olor, EEUU - Atún y EEUU - EPO.

El OA ha aclarado los criterios aplicables al principio de no discriminación en el GATT (Artículo I y III.4) y el Acuerdo OTC (el párrafo 1 del artículo 2) afirmando que en el marco del GATT, el criterio de "trato no menos favorable" prohíbe a los miembros de la OMC modificar las condiciones de competencia en el mercado en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares”, mientras que en el marco del Acuerdo OTC, el criterio de "trato no menos favorable" no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que se derive exclusivamente de una *distinción reglamentaria legítima* y que produzca *discriminación* en el grupo de productos importados.

El Acuerdo OTC, en palabras del OSD, aunque “*tiene por finalidad promover la realización de los objetivos del GATT de 1994*”, lo hace mediante un régimen jurídico especial que se aplica solamente a una clase limitada de medidas. En el caso de esas medidas, el Acuerdo OTC impone a los Miembros unas obligaciones que parece que son diferentes de las obligaciones impuestas a los Miembros por el GATT y que se añaden esas obligaciones<sup>106</sup>.

Es por ello importante entender cómo opera el Acuerdo OTC, especialmente su artículo 2.1. y cuáles son las diferencias que se aplican al principio de no discriminación.

## **(2) Elementos del Informe del GE**

En esta sección vamos a analizar el Informe del GE en Caso Comunidades Europeas- Productos derivados de las focas, en relación a los principales aspectos estudiados en este trabajo: la aplicación de los conceptos de no discriminación (interna e internacional) en los Acuerdos OTC y GATT y el tratamiento que el GE ha dado a las excepciones basadas en “objetivos legítimos” y preservación de la moral pública.

Este análisis nos ayudará a entender cómo el GE ha delimitado el concepto de moral pública y el “derecho de los países a regular” en un contexto de comercio internacional.

Los elementos del informe analizados son los siguientes:

- (i) Evaluación del régimen comunitario a la luz del artículo 2.1. OTC
- (ii) Evaluación del régimen comunitario a la luz del artículo 2.2. OTC
- (iii) Evaluación del régimen comunitario a la luz de los Artículos I, III y XX del GATT

---

<sup>106</sup> Informe del OA, CE - Amianto, párrafo 80. Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que tienen amianto (WT/DS135/AB/R.)En Informe del Grupo especial, párrafo 765

***(i) Evaluación del régimen comunitario a la luz del artículo 2.1. OTC: No discriminación***

Como hemos visto, el párrafo 1 del Artículo 2 del OTC contiene una obligación de nación más favorecida (NMF) y de trato nacional. Siguiendo la jurisprudencia del OSD, el GE pasó a evaluar (i) si los productos en cuestión son “similares”, (ii) si hay un trato menos favorable (NMF); y (iii) si este trato menos favorable deriva *exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima*”.

De entre los cuatro criterios para establecer el carácter de “productos similares”<sup>107</sup> (propiedades de los productos, usos finales, gustos de los consumidores y clasificación arancelaria), la UE alegó diferencias en los gustos de los consumidores entre productos conformes con el reglamento (porque se adherían a alguna de las condiciones) y productos no conformes, resultado de una crueldad mayor de la que la moral pública estaba dispuesta a tolerar. Los reclamantes alegaron (y el GE consideró probado<sup>108</sup>) que los consumidores europeos no diferenciaban entre productos de las focas conformes con el reglamento y no conformes, especialmente en virtud de sus excepciones.

En otras palabras, la posible diferencia entre estos tipos de productos por parte de los consumidores sería resultado del proceso regulatorio, y no de una moral subyacente de la ciudadanía<sup>109</sup>.

Resulta interesante que tanto la UE como el GE vuelven a la cuestión de si se trata o no de productos similares en el análisis de la segunda cuestión (*trato desfavorable*). El GE considera que Canadá pudo demostrar que la medida, en virtud de su diseño, excluye prácticamente todos los productos que podrían proceder del Canadá, mientras permite la mayoría o todos los productos similares procedentes de Estados miembros.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Vid supra página 22

<sup>108</sup> Párrafo 7.137 a 7.140. Cabe destacar que el GE se remite a los estudios sobre la opinión de los consumidores presentados por los reclamantes, sin afirmar que la diferencia alegada fuese en si misma insuficiente para justificar la consideración de dichos productos como productos diferentes.

<sup>109</sup> Es importante recordar que, según la UE, el bien jurídico protegido por la propuesta combina la moral pública y el bienestar animal. Ahora bien, estos dos bienes jurídicos tienen ciertas excepciones fundamentadas en el respeto a las comunidades indígenas, la gestión sostenible de los recursos, y la libertad de compra de los consumidores en sus tránsitos internacionales.

<sup>110</sup> Párrafos 7.159, 7.168 y ss

La UE admite que se trata de productos similares, pero alega que los productos derivados de las focas conformes y no conformes se encuentran en “*situaciones reglamentarias distintas*” y que el análisis del trato menos favorable ha de hacerse “*dentro de cada categoría de productos similares (conformes y no conformes)*”<sup>111</sup>.

Con relación a la condición CI, los productos proceden de situaciones distintas por su finalidad (comercial o de subsistencia). Por el mismo motivo, las cacerías GRM no son comparables a las cacerías con fines comerciales. La UE defiende pues que los productos son “similares” pero están en “situaciones distintas” que ameritan un análisis diferenciado<sup>112</sup>.

El GE reitera que, con base al examen de la naturaleza y medida la relación de competencia en el mercado, se trata de productos similares y reconoce que “*el argumento de la UE de que estos productos se encuentran en situaciones distintas es pertinente para justificar la distinción reglamentaria en el marco del régimen de la UE y (...) [p]or tanto puede evaluarse (...) en el contexto del análisis sobre los efectos discriminatorios de la medida*”<sup>113</sup>, para lo que procede a analizar si la medida deriva *de una distinción reglamentaria legítima*.

El régimen diferencia (a) los productos derivados de las focas que cumplen con las condiciones CI y GRM (productos conformes), y (b) los productos que no cumplen con dichas condiciones (productos no conformes). Esta distinción se basa en criterios específicos que incluyen la identidad del cazador (inuit o indígena), el tipo de caza (cazas tradicionales); la finalidad de la caza (subsistencia o gestión de los recursos marinos) y la manera en que los productos se comercializan (en forma no sistemática y sin ánimo de lucro)<sup>114</sup>.

Según los reclamantes<sup>115</sup> (a) las excepciones no contribuyen al objetivo de bienestar animal ya que no se solicita ninguna medida de bienestar animal a las cacerías tradicionales inuit; y (b) la distinción entre cacerías tradicionales inuit y las cacerías tradicionales de comunidades no indígenas en Canadá no es legítima, dada la similitud de ambas prácticas.

---

<sup>111</sup> Párrafo 7.145

<sup>112</sup> Párrafo 7.169.

<sup>113</sup> En su análisis sobre los productos a comparar (si todo el universo de productos de la foca o si cada una de las categorías (conformes y no conformes) entre sí, el grupo especial recuerda el informe del OA en el caso EEUU-Cigarrillos de clavo de olor, en que categorías diferentes (cigarros de clavo de olor y cigarros mentolados) fueron comparadas entre sí (Caso EEUU- Cigarrillos de clavo de olor, párrafos 190 y 192). En informe del Grupo Especial párrafo 7.169.

<sup>114</sup> Informe del GE, párrafo 7.176

<sup>115</sup> Párrafos 7.248 a 7.250

La UE alega que dicha distinción es legítima y se aplica de manera imparcial. Justifica la excepción de las cacerías inuit en la “situación singular” de estas comunidades<sup>116</sup>. Y concluye que “*en Europa, la caza de las focas con fines de subsistencia practicada por los inuit y las comunidades indígenas se beneficia de una legitimidad intrínseca*” que “*prevalece sobre las preocupaciones generales relativas a los métodos de matanza por motivos puramente comerciales*”<sup>117</sup>.

El GE establece que la legitimidad de la distinción debe determinarse analizando: (a) si la distinción está conectada con el objetivo del régimen; (b) si no lo está, si hay alguna causa o fundamento que puedan justificar la distinción a pesar de la falta de conexión con el objetivo del régimen; (c) si la distinción está diseñada o aplicada en forma que constituye una distinción arbitraria o injustificable en modo que no es “imparcial”<sup>118</sup>.

- ***Cacerías inuit***

El GE concluye que, *dado que las cacerías inuit suscitan las mismas preocupaciones de bienestar animal que la caza de las focas en general, la condición CI no guarda una relación racional con el objetivo de atender a las preocupaciones morales de los ciudadanos europeos en relación al bienestar de las focas*. Analizando la legitimidad de la medida en referencia a su finalidad de subsistencia, el GE, pese a encontrar evidencias del gran volumen comercial de la producción inuit, admite que la finalidad principal de dichas cacerías difiere de la finalidad de otras cacerías con fines comerciales<sup>119</sup>. El elemento determinante es pues si esa distinción se aplica de manera imparcial.

En su informe, el GE encuentra que, de facto, sólo los inuit de Groenlandia pueden acceder a la condición CI y beneficiarse de la exención, mientras que otras comunidades inuit e indígenas de Noruega y Canadá, son demasiado pequeñas y están demasiado alejadas de los canales comerciales como para incorporarse a los mecanismos de verificación de la conformidad

---

<sup>116</sup> Párrafo 7.254

<sup>117</sup> La Unión Europea señala que los derechos de los indígenas están reconocidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Resolución A/RES/61/295 DE 13.9.2007) en que se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5) y se insta a los Gobiernos a que establezcan mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga como objeto desposeerlo de sus sistemas jurídicos o políticos o tenga como consecuencia desposeerlos de sus recursos” y en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio de la OIT).

<sup>118</sup> Párrafo 7.259.

<sup>119</sup> Párrafo 7.300.

propuestos por el régimen europea<sup>120</sup> y que el régimen está diseñado de manera que sólo los inuit de Groenlandia se pueden beneficiar de la excepción.

En conclusión, el GE acepta que *“la principal finalidad de las cacerías CI, a saber, preservar la tradición y cultura de los inuit y sustentar su subsistencia, puede distinguirse de la de las cacerías con fines comerciales, y justifica la distinción CI, que protege intereses de las comunidades indígenas”*<sup>121</sup>.

Sin embargo, rechaza que la causa de esta condición CI esté vinculada a los supuestos *“criterios de moral pública de los ciudadanos de la UE”* en general. Considera además el GE que *“aunque (esta distinción) es justificable a la luz de las explicaciones sobre los beneficios para los inuit o las comunidades indígenas dadas por la Unión Europea, no está diseñada ni se aplica de manera imparcial”* y por tanto *“es incompatible con las obligaciones de la Unión Europea en virtud del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC”*.

- **Condición GRM**

El mismo razonamiento es aplicado por el GE al análisis de la legitimidad de la condición GRM. También en este caso, el GE concluye que esta distinción *“no está racionalmente conectada con el objetivo de atender a las preocupaciones de la moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas”*<sup>122</sup> tras valorar que en las cacerías GRM no se introducen requisitos de bienestar animal que permitan conectar esta excepción al objetivo central de la propuesta, atender las preocupaciones públicas sobre el bienestar de las focas. Y admite que los elementos y características de esta condición están diseñados a la medida de las cacerías para control de las poblaciones que se llevan a cabo en Europa para concluir que esta condición no está diseñada de manera imparcial<sup>123</sup>.

El análisis del GE en el artículo 2.1 nos permite considerar los siguientes aspectos:

---

<sup>120</sup> Canadá aduce que la comercialización directa de esos productos puede ser difícil para sus poblaciones inuit, porque éstos tienen un acceso limitado a las redes de distribución, instalaciones de transformación y oportunidades de comercialización necesarias para exportar sus productos derivados de las focas a la UE..

<sup>121</sup> Párrafo 7.300

<sup>122</sup> Párrafo 7.340

<sup>123</sup> Párrafo 7.353

- a) Tanto el bienestar animal como atender a las preocupaciones de la ciudadanía europea podrían considerarse como objetivos legítimos que pueden justificar una diferencia de trato entre productos o un obstáculo al comercio de productos.
- b) El primer criterio para valorar cada excepción será su conexión con el objetivo enunciado en la regla general. En caso de que los objetivos regulatorios detrás de la regla general y de las excepciones no sean iguales (lo que Howes denominaría “*pluralismo moral*”) habría por lo menos que demostrar (criterio dos) que existe alguna consistencia entre ambas reglas (general y excepción). La falta total de consistencia entre estos objetivos regulatorios, lo que en esta sentencia se deriva de la ausencia de criterios de bienestar animal en las condiciones CI y GRM, lleva al GE a cuestionar la legitimidad de las medidas (o, por extensión de los términos del GATT, la justificación de las medidas en motivos de “moral pública”).

El hecho de que el régimen haya sido diseñado “de facto” en modo que las excepciones se aplican a una población concreta de inuit de un país determinado (en el caso de la condición CI) y no de otros países, y a las cacerías nacionales (condición GRM) y no a las de otros países, sirve al GE para concluir que el régimen es discriminatorio, y que este resultado discriminatorio no encuentra suficiente justificación de los motivos de moral pública alegados<sup>124</sup>.

- c) Es importante, a juicio de este autor, subrayar que:
  - a. Los diferentes objetivos regulatorios del régimen (atender a las preocupaciones públicas con respecto al bienestar animal, protección de los derechos de los indígenas y enfoque ecosistémico) son reconocidos por el GE como objetivos legítimos que pueden justificar el derecho de los países a establecer medidas que pueden ser restrictivas del comercio.
  - b. En efecto, es la falta de conexión entre todos estos objetivos la que, unida al efecto práctico de discriminación que produce el régimen europeo, lleva al GE a declarar la incompatibilidad de la medida.

## **(ii) Evaluación del régimen comunitario a la luz del artículo 2.2. OTC**

---

<sup>124</sup> Llama la atención como el GE repasa los elementos del estudio científico elaborado por la Comisión Europea en preparación a la propuesta (estudio COWI) para concluir que la arquitectura del reglamento europeo incluye aquellas condiciones que sólo se ha demostrado que sólo pueden cumplir determinadas poblaciones indígenas y determinados países, y no otros.

Como hemos visto, el artículo 2.2. establece la obligación de los países de no introducir restricciones innecesarias al comercio, con independencia de que estas sean o no discriminatorias. Como hemos visto este criterio de necesidad de basará en (i) la contribución de la medida al objetivo legítimo; (ii) el grado de restricción del comercio; y (iii) los riesgos de no establecer dicha medida para la consecución del objetivo deseado, en consideración de posibles alternativas.

Los reclamantes alegan que es necesario diferenciar una pluralidad de objetivos que deberían ser analizados independientemente, frente al argumento de la UE de que la medida persigue un objetivo: "*atender a las preocupaciones de orden moral de los ciudadanos de la UE con respecto al bienestar de las focas*", y que estas preocupaciones ciudadanas no se extienden a cacerías bajo ciertas condiciones en que la población reconoce dichas cazas como necesarias o aceptables<sup>125</sup>. La realización de este objetivo se conseguiría a través de dos objetivos relacionados: (a) atender a las preocupaciones morales de la población relativas al bienestar de las focas, y (b) contribuir al bienestar de las focas "*reduciendo el número de las focas cazadas de manera cruel*".

El GE propone un análisis de esta cuestión centrado en dos aspectos: (1) en qué medida las preocupaciones del bienestar de las focas son efectivamente preocupaciones de orden moral para los ciudadanos europeos, y (b) si los diferentes objetivos (en particular los objetivos perseguidos con las condiciones CI y GRM) son objetivos diferentes del objetivo de atender a las preocupaciones morales relativas al bienestar de las focas<sup>126</sup>, para lo cual el GE analizó "la conexión entre esas preocupaciones y la "moral pública" según se define y aplica en la UE.

La lectura del Preámbulo del Reglamento comunitario, las normas que anteceden a esta medida, la estrategia del bienestar animal y otros documentos comunitarios en la materia, incluyendo el Tratado de Lisboa y las normas aprobadas por los diferentes Estados Miembros, han sido suficientes para que el GE considere que el bienestar animal es un valor cuya protección puede considerarse parte de la "moral pública europea"<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> El régimen de la UE para las focas permite introducir productos derivados de las focas en el mercado al amparo de las excepciones CI y GRM porque los productos que satisfacen las condiciones en ellas establecidas no suscitan las mismas preocupaciones de orden moral que los productos procedentes de cacerías de focas con fines comerciales (Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 43)

<sup>126</sup> Párrafo 7.377

<sup>127</sup> Párrafos 7.387 a 7.396 y 7.406 a 7.408

En cuanto a la diversidad de objetivos regulatorios, el GE, tras recordar que las normas pueden tener varios objetivos<sup>128</sup>, considera que el presente régimen tiene un objetivo central con ciertas excepciones, y procede a analizar la consistencia de cada una de estas excepciones con el objetivo central del Reglamento<sup>129</sup>.

Este análisis parte de los siguientes criterios de “legitimidad” (a) el grado de restricción del comercio del régimen; (b) el grado en que cada medida contribuye al objetivo identificado, y (c) la existencia de medidas alternativas.

En el primero de estos objetivos (atender las preocupaciones morales de la ciudadanía) se distinguen dos aspectos: (a) la cantidad de las focas matadas de forma cruel, y (b) la participación individual y colectiva de los ciudadanos como consumidores y, por tanto, su complicidad, en la actividad económica que sostiene el mercado de las carcerías de las focas matadas de forma cruel con fines comerciales.

El GE acepta que el régimen europeo, en su conjunto, “*hace una contribución a la reducción de la demanda de productos*” [resultado de las focas cazadas de forma cruel con fines comerciales]<sup>130</sup> y en este sentido “*puede contribuir y contribuye en cierta medida a su objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública*”. Añade el GE que las excepciones del régimen, en especial el hecho de que se admita el perfeccionamiento activo de los productos en territorio europeo y la excepción de viajeros, “*afectan negativamente a la capacidad del régimen para alcanzar su objetivo de atender a las preocupaciones de la moral pública de la UE*”<sup>131</sup>.

En el análisis de medidas alternativas menos restrictivas al comercio, y con base a los estudios científicos aportados por la UE (Informes EFSA y COWI) el GE considera probadas las dificultades de introducir un sistema de verificación de la conformidad, certificación y etiquetado suficiente para valorar la incidencia de prácticas contrarias al bienestar animal y, en consecuencia, considera que “*no están razonablemente al alcance*”<sup>132</sup>, lo que le lleva a afirmar

---

<sup>128</sup> Informe del OA, EEUU - Cigarrillos de clavo de olor, párrafos 113 y 115.

<sup>129</sup> Párrafo 7.402

<sup>130</sup> Párrafo 7.459

<sup>131</sup> Párrafo 7.460

<sup>132</sup> Párrafo 7.499.

que el régimen de la UE para las focas no restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>133</sup>

**(iii) Evaluación del régimen comunitario a la luz de los Artículos I y III del GATT**

En relación con el Artículo I.1<sup>134</sup>, recordando el análisis en el marco del Artículo 2.1 del OTC el GE afirma que *“las pruebas sugieren que las excepciones (condición CI y GRM) no se han concedido “inmediata e incondicionalmente” a todos los “productos similares” y que “en cuanto a su diseño, estructura y funcionamiento previsto, el régimen de la UE para las focas tiene un efecto desfavorable en las condiciones de competencia en el mercado para los productos derivados de las focas de origen canadiense y noruego en comparación con los originarios de Groenlandia”*<sup>135</sup>.

Del mismo modo en relación con el Artículo III.4 del GATT (trato nacional) se concluye que la Unión Europea ha adaptado la excepción GRM a las condiciones de la caza de las focas en su territorio y que modifica las condiciones de competencia en el mercado de la UE entre productos de Canadá y Noruega frente a productos similares de Groenlandia y la UE<sup>136</sup>.

Queda así a la Unión Europea el recurso a las excepciones del Artículo XX para demostrar que las condiciones CI y GRM se basan en "diferencias reglamentarias" "necesarias" en el sentido de los apartados a) y b) del artículo XX.

Según el GE, el supuesto trato menos favorable *"es el resultado de la interacción entre la prohibición general y las excepciones CI y GRM"* por lo que el examen se centra en si las *"diferencias reglamentarias"* entre la prohibición general y las dos excepciones son *"necesarias"* para alcanzar los objetivos invocados por la Unión Europea<sup>137</sup>. Concretamente, es preciso demostrar a) que el trato dispensado por la prohibición general es *"necesario"* para

---

<sup>133</sup> Párrafo 7.505

<sup>134</sup> Recordemos que para demostrar una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 deben concurrir tres elementos: i) que exista una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" del tipo abarcado por el párrafo 1 del artículo I; ii) que la ventaja no se conceda "inmediata e incondicionalmente"; iii) a todo producto similar originario de todos los demás Miembros de la OMC o a ellos destinado. Ver nota al pie 53, página 22.

<sup>135</sup> Si bien esta conclusión se resulta del análisis del régimen "en su conjunto" el GE no estima que la excepción inuit, pese a que el régimen resulta en acceso sólo para las comunidades inuit de Groenlandia, y no así para las comunidades de Noruega y Canadá, en sí mismo dé lugar a una discriminación basada en el origen (párrafo 7.599)

<sup>136</sup> Párrafo 7.609

<sup>137</sup> El GE considera que los dos componentes (es decir, la prohibición y las excepciones) que conforman el régimen de la UE para las focas guardan una estrecha relación entre sí, y que las excepciones CI y GRM *"difícilmente pueden entenderse ... si se examinan aisladas estrictamente, divorciadas totalmente de" la prohibición que impone el régimen de la UE para las focas* Párrafos 7.620 a 7.622

alcanzar el objetivo al nivel de protección elegido (de la moral europea); y b) que *para alcanzar dicho objetivo no es "necesario" extender la prohibición general a los productos derivados de las focas comprendidos en la excepción GRM o en la excepción CI*<sup>138</sup>.

Como ya se ha mencionado, la necesidad de una medida en el sentido del apartado a) del artículo XX se determina *“a través del análisis del alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego*<sup>139</sup>”. Cuanto más vitales o importantes sean los intereses o valores que fomenta una medida, más fácil será aceptar esa medida como necesaria. Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido”<sup>140</sup>.

El GE recuerda su constatación anterior de que la prohibición contribuye al objetivo de la Unión Europea al reducir, en cierta medida, la demanda mundial de productos derivados de las focas y al ayudar a los ciudadanos de la UE a evitar la exposición a los productos derivados de las focas que puedan haberse obtenido de las focas sacrificadas de forma cruel. Pero añade que *“las excepciones explícitas e implícitas previstas en la medida disminuyen el grado de la contribución de la prohibición”*<sup>141</sup>. Considera por ello, y dado que no se ha podido demostrar que haya medidas alternativas menos restrictivas del comercio, que el régimen de la UE para las focas puede considerarse provisionalmente "necesario" en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994.

El régimen comunitario no pasa, sin embargo, los criterios del Preámbulo. En este sentido, y volviendo a su análisis en relación a cada una de las excepciones (especialmente las condiciones CI y GRM) a la luz de los artículos 2.1 y 2.2 del OTC, el GE concluye que las condiciones CI y GRM se aplican de forma discriminatoria entre productos nacionales y no nacionales y entre éstos últimos entre sí, y que esta discriminación es arbitraria o injustificable.<sup>142</sup>

De este modo, el GE concluye afirmando que:

---

<sup>138</sup> En otras palabras, que las excepciones no comprometen la realización del objetivo de proteger la moral pública

<sup>139</sup> Párrafo 7.630.

<sup>140</sup> Informe del OA, Brasil - Neumáticos recauchutados, párrafo 156

<sup>141</sup> Párrafo 7.638

<sup>142</sup> Párrafo 7.651

*En cuanto a la excepción CI, dados los beneficios reconocidos para las poblaciones inuit, constatamos que la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI (y por lo tanto los productos regulados con arreglo a esa distinción) es justificable a pesar de la falta de relación racional con el objetivo de la medida. Sin embargo, (...) debido a la falta de imparcialidad en el diseño y la aplicación de la excepción CI, dicha excepción no satisface las prescripciones de la cláusula introductoria del artículo XX.*

*Con respecto a la excepción GRM, la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM no está racionalmente relacionada con el objetivo ni basada en motivo justificable alguno. Además, (...) la excepción GRM no está diseñada ni se aplica de forma imparcial, por lo que es incompatible con las prescripciones de la cláusula introductoria del artículo XX*

- *Conclusiones del GE*

Al amparo del Acuerdo OTC, el GE concluye:

- que la excepción CI y la excepción GRM previstas en el régimen de la UE para las focas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 porque el efecto perjudicial causado por dichas excepciones no se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas y, en consecuencia, las excepciones dan a los productos derivados de las focas importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos derivados de las focas nacionales y de otro origen extranjero similares;
- que el régimen de la UE para las focas no es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 porque alcanza el objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas en cierta medida, y no se ha demostrado que una medida alternativa haga una contribución al logro del objetivo equivalente o superior a la del régimen de la UE para las focas;

Al amparo del GATT de 1994

- que la excepción CI prevista en el régimen de la UE para las focas es incompatible con el párrafo 1 del artículo I porque una ventaja concedida por la Unión Europea a los productos derivados de las focas originarios de Groenlandia no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos similares originarios del Canadá;

- que la excepción GRM prevista en el régimen de la UE para las focas es incompatible con el párrafo 4 del artículo III porque otorga a los productos derivados de las focas importados un trato menos favorable que el concedido a los productos derivados de las focas nacionales similares;
- que ni la excepción CI, ni la excepción GRM ni la excepción relativa a los viajeros son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI;
- que la excepción CI y la excepción GRM previstas en el régimen de la UE para las focas no están justificadas al amparo del apartado a) del artículo XX porque no satisfacen las prescripciones de la cláusula introductoria; y
- que la excepción CI y la excepción GRM previstas en el régimen de la UE para las focas no están justificadas al amparo del apartado b) del artículo XX porque la Unión Europea no ha acreditado prima facie su alegación.

## VI. CONCLUSIONES

A pesar de que la opinión del GE no haya sido favorable al régimen comunitario, puede argumentarse que este caso ha servido para mostrar en la jurisprudencia del OSD que el bienestar animal, como otros métodos de producción, podrían ser considerados susceptibles de ser amparados por la excepción de moral pública del Artículo XX letra (a).

En este sentido, el GE ha reconocido que el régimen comunitario (i) está fundamentado en la moral pública europea; (ii) es necesario para proteger dicha moral pública; y que (iii) no se han podido identificar medidas más restrictivas del comercio. Son los efectos discriminatorios de las excepciones CI y GRM, y no la fundamentación del régimen en sí los que, a juicio del GE, han de ser modificados en el régimen comunitario.

Este caso ha servido para confirmar la importancia de que, cuando se hace recurso a esta excepción de moral pública, las medidas presenten cierta consistencia interna y coherencia con otras medidas nacionales.

Por el contrario, el caso ha servido sólo tímidamente para avanzar en la consideración de los PPMs como justificación suficiente para considerar dos productos como “diferentes”. A pesar del apoyo doctrinal y el avance en el reconocimiento del OSD en relación a los estándares de

producción ambientales, la artificial arquitectura del régimen comunitario no constituía la base idónea para alegar preferencias entre los consumidores.

Con la posibilidad de justificar el bienestar animal en la moral pública, se completan las vías de recurso para los diferentes tipos de normas de bienestar animal en el marco de la OMC, en modo que podríamos argumentar que:

1. Aquellas normas y medidas con impacto en la salud de los animales, incluyendo sus formas de vida y sacrificio; la salubridad (inocuidad) de los productos de origen animal, podrían alegar la excepción de la letra (b) haciéndose eco de la jurisprudencia del OSD en el caso CE-Amianto;
2. Aquellas normas y medidas con impacto en la conservación de los recursos naturales y la protección de razas podrían tener cabida en la letra (g), siguiendo los criterios de “nexo ambiental” enunciados en el caso EEUU- Camarones;
3. Aquellas normas que no tengan conexión ni con la sanidad pública o animal ni con la conservación de los recursos, sino base en consideraciones éticas, religiosas o morales, podrían hacer recurso a la letra (a). En este caso, la arquitectura de la medida habría de mostrar cierta “armonía” o “consistencia” interna, o al menos no ser reflejo de diferentes valores inconsistentes y desconectados entre sí.

En estos tres supuestos será además necesario demostrar que las medidas no son (ni de *iure* ni *de facto*) arbitraria e injustificadamente discriminatorias, para lo cual sería útil acompañar los procesos normativos de una evaluación de impacto regulatorio.

4. Finalmente, seguiría abierta la posibilidad de justificar que los animales producidos conforme a normas de bienestar animal son preferidos por los consumidores. Para esto sería necesario demostrar con estudios basados en el consumo dichas preferencias. En este supuesto, la medida habría de pasar siempre el examen del artículo 2.2 del OTC y ser considerada (i) necesaria para cumplir su objetivo legítimo, y (ii) no más restrictiva de lo necesario con el comercio internacional.

Por último nos queda especular sobre el potencial efecto que podría tener una norma de bienestar animal con cierto efecto discriminatorio, fundamentada sólo en un estándar internacional aprobado por la OIE u otra organización internacional que pueda ser considerada “de referencia” en sentido del Acuerdo OTC. En este caso podría resultar más sencillo que la

medida fuese aceptada en el marco del Acuerdo OTC, pero quedaría siempre abierta la cuestión en el marco del GATT. Podría una tal norma superar los análisis de necesidad y consistencia? Podría la OIE aventurarse a dictar normas de referencia basadas en el bienestar sólo como expresión de una ética universalmente aceptada sin demostrar impacto directo en la salud de los animales?



## ANEXO 1. EPÍLOGO

El autor de este trabajo es consciente de que, para sostener los argumentos planteados, sería conveniente profundizar en una serie de cuestiones que no quedan totalmente resueltas. Entre estas cabría mencionar:

1. En primer lugar, la aceptación de PPM como base para establecer la diferencia entre dos productos requeriría un análisis más profundo, que tenga en cuenta tanto la jurisprudencia del OSD (especialmente el caso EEUU- Camarones) como la muy abundante doctrina comercialista, ambientalista y de bienestar animal. Las posibles diferencias en el tratamiento de los estándares ambientales, de bienestar animal y otros estándares habría también de ser analizada con mayor detalle. Esta diferenciación abre la puerta a un amplio número de otras diferencias basadas en estándares de certificación que, sin embargo, no son sistemáticamente citados por la doctrina como los estándares ambientales y de bienestar animal.
2. En segundo lugar, sería útil profundizar en (a) la caracterización de los diferentes tipos de normas de bienestar animal según su objeto, base jurídica e impacto regulatorio, y cómo cada uno de estos tipos podría acogerse a una diferente fundamentación en sentido de comercio internacional.
3. En tercer lugar, para comprender en profundidad la interacción entre el régimen comunitario europeo en materia de bienestar animal y el comercio internacional, sería necesario profundizar, por lo menos, en (a) el reglamento comunitario sobre productos cosméticos, que prohíbe la comercialización de productos cuya formulación haya sido objeto de experimentación con animales; (b) el reglamento que prohíbe el uso de cepos en la Comunidad y la introducción en la Comunidad de pieles y productos manufacturados de determinadas especies animales salvajes, retirado en junio de 2012 ante las presiones internacionales; (c) la directiva que establece normas mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne, así como otras normas de protección de los animales de granja, a la luz de los estándares internacionales (especialmente de la OIE); (d) el reglamento sobre prohibición a la importación de pieles de gato o perro o productos que las contengan; (e) la directiva sobre protección de los animales utilizados con fines científicos, y <sup>143</sup> (d) las restricciones al uso de hormona del crecimiento para la producción de bovinos, y el caso Hormonas (WT/DS320).

---

143

4. Igualmente sería interesante profundizar en los marcos regulatorios comunitario e internacional con respecto a las dos condiciones alegadas en este caso:

(a) por un lado, la “condición inuit” en el contexto de la Declaración de UN sobre comunidades indígenas y posibles casos y excepciones invocadas ante el OSD en casos relacionados (i) con poblaciones indígenas, o (ii) con otras poblaciones vulnerables que justificasen excepciones “discriminatorias” con el comercio internacional;

(b) por otro lado, la condición relacionada con los programas de gestión de los recursos marinos, ya que es precisamente en este contexto (conservación de los recursos naturales agotables) que el OSD ha avanzado de forma más firme y que podría, en principio, justificarse con mayor facilidad el recurso a las excepciones del GATT.

Por otro lado, el autor reconoce que existe una abundantísima doctrina entorno a estas y a otras cuestiones de Derecho ambiental, de comercio internacional y de filosofía del Derecho que sería muy útil analizar para complementar y ponderar algunas de las cuestiones y argumentos presentados.

En particular, el caso analizado presenta elementos interesantísimos relacionados con la pluralidad de objetivos regulatorios, la consistencia interna de las normas, especialmente de aquellas normas fundamentadas en motivos “éticos” o morales, y la eventual diferenciación entre “moral instrumental” y “moral no instrumental” como base para la evaluación de normas de bienestar animal a la luz de las obligaciones del comercio internacional. El autor reconoce que le falta conocimiento y entendimiento suficiente de las cuestiones relacionadas en el marco de la filosofía del derecho para avanzar en el análisis de estas cuestiones.

---

a) Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos (DOL 342 22.12.2009).

b) Reglamento (CEE) n° 3254/91 del Consejo, de 4 de noviembre de 1991, por el que se prohíbe el uso de cepos en la Comunidad y la introducción en la Comunidad de pieles y productos manufacturados de determinadas especies animales salvajes originarias de países que utilizan para su captura cepos o métodos no conformes a las normas internacionales de captura no cruel (retirado en Junio de 2012)

c) Reglamento (CE) n° 1523/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por el que se prohíbe la comercialización y la importación a la Comunidad, o exportación desde ésta, de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan

d) Directiva 2007/43/CE del Consejo, de 28 de junio de 2007, por la que se establecen las disposiciones mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne (DO L 182 de 12/07/2007)

e) Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos (DO L 276 de 20.10.2010).

f) Decisión 1999/879/CE del Consejo, de 17 de diciembre de 1999, sobre la puesta en el mercado y la administración de somatotropina bovina (BST) (hormona bovina) y el caso UE- Hormonas



## ANEXO II. BIBLIOGRAFÍA

- Archibald, Catherine Jean, Forbidden by the WTO? Discrimination Against a Product When Its Creation Causes Harm to the Environment or Animal Welfare (September 1, 2008). *Natural Resources Journal*, Vol. 48, No. 1, 2008.
- Fitzgerald, Peter: Morality might not be enough to Justify the EU Seal Products Ban: Animal Welfare Meets International Trade Law. *Journal of International Wildlife Law & Policy*, vol. 14
- Harrop, Stuart, The International Regulation of Animal Welfare and Conservation Issues through Standards Dealing with the Trapping of Wild Mammals. *Journal of Environmental Law*, Vol. 12, Issue 3, 2000.
- Robert Howse and Joanna Langille. Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values New York University School of Law. Working Paper no. 11-82. December 2011
- Robert Howse, Joanna Langille and Katie Sykes: Animal Welfare, Public Morals and Trade: the WTO Panel Report in EC – Seal Products (January 29, 2014 Volume: 18 Issue: 2 (<http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/2/animal-welfare-public-morals-and-trade-wto-panel-report-ec-%E2%80%93-seal-products>))
- Roger Alford. Morality Play at the WTO. *Opinio Juris*. ([www.opiniojuris.org](http://www.opiniojuris.org)) St. John's University Law School
- Thiermann A.B. & S. Babcock. Animal Welfare and International Trade – OIE. *Rev. sci. tech. Off. int. Epiz.*, 2005, 24 (2), 747-755
- Thomas, Edward M, Playing Chicken at the WTO: Defending an Animal Welfare-Based Trade Restriction Under GATT's Moral Exception, 34 *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.* 605 (2007) <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol34/iss3/8>
- Vesilind, Pamela A., Continental Drift: Agricultural Trade and the Widening Gap Between European Union and United States Animal Welfare Laws (September 21, 2010). *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol. 12, p. 1, 2010; Vermont Law School Research Paper No. 10-50.

## **FAO/PNUMA Estudios Legislativos**

<http://www.fao.org/legal/publications/legislative-studies/en/>

- Legislative and regulatory options for animal welfare. FAO Legislative Study 104, 2011  
<http://www.fao.org/docrep/013/i1907e/i1907e00.htm>
- Organic Agriculture and the Law. FAO Legislative Study 107, 2012  
<http://www.fao.org/docrep/016/i2718e/i2718e.pdf>
- International trade rules and the agriculture sector. Fao Legislative Study 98, 2007  
<http://www.fao.org/docrep/010/a1477e/a1477e00.HTM>
- International legal frameworks for food labelling and consumer rights. In “Innovations in food labelling” FAO, 2010  
<http://www.fao.org/docrep/018/i0576e/i0576e00.htm>
- PNUMA/IISD Manual de Medio Ambiente y Comercio, 2º ed. 2005, Punto 5.1., página 61 (Productos y procesos de Producción)  
[http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2005/envirotrade\\_handbook\\_2005\\_es.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2005/envirotrade_handbook_2005_es.pdf)

## **Unión Europea**

- Tratado de Lisboa
- Directiva 83/129/CEE de 28 de marzo de 1983 sobre la importación en los Estados Miembros de pieles de determinadas crías de las focas y productos derivados (DOL 91\_30 9.4.1983).
- Reglamento 338/1997 del Consejo de 9 de diciembre de 1996 relativo a la protección de especies de la flora y fauna silvestres mediante el control de su comercio (CITES) DOL 61\_1 de 3.3.1997
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo al comercio de productos derivados de las focas COM (2008)0469

- Reglamento (CE) 1007/2009 del Parlamento Europeo y el Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de las focas (DOL 286/6 de 31.10.2009)
- Reglamento 737/2010 del Parlamento Europeo y el Consejo de 10 de agosto de 2010 por el que se establecen disposiciones específicas de aplicación del Reglamento (CE) 1007/2009 del Parlamento Europeo y el Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de las focas (DOL 216/1 de 17.8.2010)
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a la Estrategia de la Unión Europea para la protección y el bienestar de los animales 2012-2015 COM(2012) 6 final de 15.2.2012
- Assessment of the potential impact of a ban of products derived from seal species DG Environment -COWI (April 2008)  
[http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal\\_welfare/seals/pdf/seals\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal_welfare/seals/pdf/seals_report.pdf)
- Informe EFSA “Aspectos de bienestar animal relacionados con el sacrificio y despelleje de las focas” EFSA Journal (2007 610 p. 1-122-  
<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/610.htm>
- Informe de la Comisión sobre opciones para el etiquetado relativo a bienestar animal, y el establecimiento de una Red Europea de Centros de Referencia para la protección del bienestar animal (COM(2009) 584 final) de 28.10.2009

#### **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (www.wto.org)**

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio 1994, 1867 U.N.T.S. 187, [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/06-gatt\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm) [GATT].
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 1868 U.N.T.S. 120, [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt_s.htm)
- Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) ([http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/28-dsu\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm))

#### **Caso Comunidades Europeas- Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas**

- Comunidades Europeas – Propuesta sobre Bienestar Animal y Comercio en Agricultura 28 Junio 2000. G/AG/NG/W/19
- Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas – Informe del Órgano de Apelación: WT/DS401/R; WT/DS400/R
- Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas – Notificación de Noruega de recurso de apelación bajo el artículo 16.4. ESD - WT/DS401/9
- Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas – Notificación de la Unión Europea de recurso de apelación bajo el artículo 16 ESD; WT/DS400/9

#### **Otros casos utilizados y/o mencionados**

- Informe del Órgano de Apelación (1996) Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional (WT/DS2/AB/R) 20.5.1996 (Estados Unidos- Gasolina)
- Informe del Órgano de Apelación (1996) Japón- Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas II. WTO- WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 14.2.1997 (citado como Japón- Bebidas Alcohólicas)
- Informe del Órgano de Apelación Canadá (1997) – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones (WT/DS31/AB/R) 30.6.1997 (Canadá- Periódico)
- Informe del Órgano de Apelación (1998) Comunidades Europeas- Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas). WTO -WT/DS48/AB/R 12.7.1999 (CE- Hormonas)
- Informe del Órgano de Apelación (1998) Estados Unidos- prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R adoptado el 6 de noviembre de 1998 y WT/DS58/AB/RW – 22.11.2001 (EEUU- Camarones)

- Informe del Órgano de Apelación (2001) Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que tienen amianto (WT/DS135/AB/R) 12.3.2001 (CE- Amianto)
- Informe del Órgano de Apelación (2001) 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 (Corea- Carne vacuno)
- Informe del Órgano de Apelación (2002) Comunidades Europeas- Denominación comercial de sardinas, WTO WT/DS231/AB/R. 26.9.2002. (CE- Sardinas)
- Informe del Órgano de Apelación (2005) Estados Unidos- Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas WT/DS/285/AB/R 10.4. 2005 (EEUU- Juegos de Azar)
- Informe del Órgano de Apelación (2009) Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados – (WT/DS332/AB/R) 3.12.2009 (Brasil- Neumáticos recauchutados)
- Informe del Órgano de Apelación (2009) China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento WT/DS363/AB/R 21.12.2009 (China- Audiovisuales)
- Informe del Órgano de Apelación (2012) Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (WT/DS382/AB/R) 16.5.2012 (EEUU-Atún)
- Informe del Órgano de Apelación (2012) Estados Unidos- Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (WT/S386/AB/R) 28.6.2012 (EEUU- EPO)
- Informe del Órgano de Apelación, (2012) Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (WT/DS406/AB/R) 4.4.2012 (EEUU- Cigarrillos de clavo de olor)

