

**OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES  
UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**



**LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ACUERDOS  
COMERCIALES MUNDIALES**

**Las cláusulas de excepción general como medio  
para proteger los derechos humanos**



**NACIONES UNIDAS**

**OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS  
PARA LOS DERECHOS HUMANOS**



**LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ACUERDOS  
COMERCIALES MUNDIALES**

**Las cláusulas de excepción general como medio  
para proteger los derechos humanos**



**NACIONES UNIDAS  
Nueva York y Ginebra, 2005**

## NOTA

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

\* \* \*

El contenido de esta publicación se puede reproducir sin necesidad de obtener permiso, siempre que se cite la fuente y que se envíe una copia de la publicación que contiene el material reimpreso a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Palacio de las Naciones, 8-14 avenue de la Paix, CH-1211 Ginebra 10, Suiza.

HR/PUB/05/5

## **Prefacio**

La relación entre el comercio y los derechos humanos ha despertado creciente atención en los últimos años. Aunque el comercio puede ser un motor del crecimiento económico necesario para luchar contra la pobreza y promover el desarrollo, también puede constituir una amenaza para los derechos humanos en algunas circunstancias. En los debates recientemente celebrados sobre los efectos de las patentes en los precios de los medicamentos esenciales se han destacado las dimensiones del derecho a la salud del comercio.

No obstante, hay modos de conciliar las normas comerciales y los derechos humanos y de canalizar el crecimiento económico y el desarrollo hacia el logro de una vida digna para todos. En la presente publicación se analiza uno de ellos, a saber, la utilización de las cláusulas de excepción general en los acuerdos comerciales mundiales como medio para proteger los derechos humanos. En particular, se pretende demostrar cómo tres excepciones concretas -permitir que los Estados adopten medidas para proteger la moral pública, la vida o la salud humana y el orden público- pueden tener importancia para los derechos humanos.

En el capítulo I se exponen los cuatro pasos necesarios para interpretar tales cláusulas de excepción general y se describe desde el punto de vista jurídico cómo pueden aplicarse para proteger los derechos humanos.

En el capítulo II se utilizan el sentido común y el enfoque aparentemente flexible de la Organización Mundial del Comercio para definir las cláusulas de excepción general como medio de defender las normas sobre derechos humanos como excepciones legítimas a las normas mercantiles. Más en concreto, se sostiene que la reorganización de las normas internacionales sobre derechos humanos puede contribuir a eliminar algunos de los inconvenientes que se observan en la liberalización del comercio. Además, podría contribuir a que los Estados cumplieran sus obligaciones en materia de derechos humanos y sus compromisos con la OMC, al tiempo que pondría de manifiesto el respeto que existe respecto de las decisiones de sus parlamentos y tribunales.

Por último, en el capítulo III se examina cómo las actuaciones relacionadas con la solución de diferencias comerciales no son iguales que los sistemas judiciales que siguen el modelo de los derechos humanos. Se describen los escollos prácticos y jurídicos de plantear preocupaciones

relacionadas con los derechos humanos ante un foro destinado a solucionar diferencias comerciales internacionales y se sugieren diferentes modos para evitar tales diferencias.

La presente publicación ha sido preparada teniendo en cuenta los debates del sexto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), celebrado en Hong Kong (China). La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) agradece al Sr. James Harrison su valiosa labor de preparación de la presente publicación y al Sr. Steve Charnovitz, al Sr. Robert Howse y a la Sra. Gabrielle Marceau su asistencia a efectos de revisarla.

## *Índice*

	<i>Página</i>
Prefacio .....	iii
Siglas .....	vi
Introducción .....	1
I. Las cláusulas de excepción general como mecanismo para plantear cuestiones de derechos humanos en el marco de la solución de diferencias de las OMC .....	5
II. Conclusiones sobre la aplicabilidad de las excepciones generales a las cuestiones de derechos humanos en la OMC .....	18
III. Cuestiones metodológicas en relación con la interpretación de las cláusulas de excepción general desde una perspectiva de los derechos humanos y enfoques al respecto.....	20

### **Siglas**

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Acuerdo sobre los ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
CE	Comunidades Europeas
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
MIC	Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
SGP	sistema generalizado de preferencias
UE	Unión Europea

## **Introducción**

El objetivo de la presente publicación es generar un debate sobre la utilización de las cláusulas de excepción general en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a fin de lograr que los acuerdos comerciales tengan la flexibilidad necesaria para que los miembros de la OMC cumplan sus obligaciones con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos.

La publicación se enmarca en la labor que realiza la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en relación con la cuestión de los derechos humanos y el comercio. En concreto, responde a una recomendación formulada en un estudio analítico del Alto Comisionado de que se examinaran las consecuencias para los derechos humanos de las cláusulas de excepción general a los acuerdos de la OMC<sup>1</sup>.

El Alto Comisionado formuló esa recomendación teniendo en cuenta las conclusiones a que se había llegado de que los objetivos del sistema multilateral de comercio y los de las normas internacionales de derechos humanos eran en gran medida diferentes. Los principios internacionales de derechos humanos están intrínsecamente vinculados al logro de la igualdad sustantiva y a la eliminación de los obstáculos estructurales que dan lugar a la discriminación. El derecho mercantil internacional se centra primordialmente en reducir el proteccionismo y mejorar las condiciones de competitividad internacional. Esos dos amplios objetivos no son necesariamente contradictorios; sin embargo, en el estudio analítico se ponen de manifiesto tres situaciones -en relación con la contratación pública, el comercio agrícola y el etiquetado social- en las que podrían entrar en conflicto las dos diferentes prohibiciones de la discriminación enunciadas en las normas de derechos humanos y el derecho mercantil. Se llegaba a la conclusión de que, dado que las normas mercantiles internacionales se extendían a nuevas esferas de reglamentación oficial, era esencial que en el debate sobre la globalización se comprendiera cómo los imperativos de derechos humanos de reducir los prejuicios estructurales que conducían a la discriminación y de promover la igualdad sustantiva podían ser protegidos junto con las normas y principios mercantiles<sup>2</sup>. En el estudio analítico se observaba que las excepciones generales de los acuerdos de la OMC podían constituir un mecanismo para conciliar los objetivos del sistema multilateral de comercio con los de las normas de derechos humanos.



El estudio analítico se concentraba exclusivamente en la cuestión de la discriminación. Sin embargo, la necesidad de comprender cómo los imperativos de derechos humanos pueden conciliarse con los objetivos mercantiles tiene interés no sólo en relación con el principio de la no discriminación, sino también en relación con muchas otras normas y principios mercantiles. Por ejemplo, el Alto Comisionado ya ha considerado las dimensiones de los derechos humanos de la protección de la propiedad intelectual<sup>3</sup>, el comercio de productos agrícolas<sup>4</sup>, el comercio de servicios<sup>5</sup> y las inversiones<sup>6</sup>.

En esos informes se indicaba que la liberalización del comercio podía mejorar el disfrute de los derechos humanos<sup>7</sup>, si bien el objetivo del enfoque de los derechos humanos respecto del comercio es examinar las posibles esferas de conflicto entre los dos ordenamientos jurídicos y el modo de evitarlas.

**EN QUÉ MEDIDA LAS NORMAS Y POLÍTICAS  
MERCANTILES PUEDEN AFECTAR AL  
DISFRUTE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La liberalización del comercio de los productos agrícolas puede generar oportunidades de exportación en los países exportadores de productos agrícolas y promover el crecimiento y el desarrollo. No obstante, los pequeños agricultores tal vez no tengan la capacidad necesaria para producir suficientes cultivos de exportación e incluso pueden tener que enfrentarse a una mayor competencia respecto de los recursos, incluida la tierra, con lo que quedan al margen de los posibles beneficios del comercio. Paralelamente, el aumento de las oportunidades de exportación puede dar lugar a una reasignación de la tierra y otros recursos, que dejan de utilizarse para la producción de alimentos destinados al consumo nacional, lo que puede tener consecuencias perjudiciales para la seguridad alimentaria de los hogares<sup>8</sup>. Sin el establecimiento de salvaguardias y medidas de transición apropiadas, las normas y políticas mercantiles pueden influir negativamente en el derecho a la alimentación, los derechos de los trabajadores y otros derechos de los pequeños agricultores y de los pobres de las zonas rurales.

La protección de la propiedad intelectual -particularmente la protección en materia de patentes- debe dar lugar a un aumento de la

inversión en innovaciones, incluidas las investigaciones farmacéuticas, lo que resulta necesario para la promoción del derecho a la salud. Además, puede originar un enfoque excesivamente comercial respecto de las innovaciones y una concentración de control respecto de la difusión de medicamentos y otro tipo de tecnología en manos de un número relativamente pequeño de empresas. Con ello, la protección de la propiedad intelectual puede perder de vista sus objetivos generales en materia de desarrollo. En particular, los medicamentos con precios sumamente elevados pueden resultar inasequibles para los pobres e influir negativamente en el disfrute del derecho a la salud y otros derechos humanos<sup>9</sup>.

La reforma del sistema de contratación pública puede incrementar la transparencia y entraña una competencia internacional eficaz en esa esfera. Sin embargo, también puede constituir una amenaza para la utilización del poder adquisitivo del Estado a fin de promover oportunidades respecto de particulares que han sufrido tradicionalmente de discriminación, como las trabajadoras o las poblaciones indígenas<sup>10</sup>. Por ello, es importante garantizar que las reformas del sistema de contratación pública tengan lugar sin perder de vista sus funciones sociales.

Los Estados han utilizado el sistema generalizado de preferencias (SGP) para promover los derechos humanos con la finalidad, por ejemplo, de eliminar el trabajo forzado y el trabajo infantil o supeditando sus beneficios a la ratificación de las normas de la Organización Internacional del Trabajo. Por una parte, el hecho de vincular de esa manera el comercio y los derechos humanos ha puesto de manifiesto las dimensiones sociales del comercio y el interés de los consumidores por lograr un comercio más justo. Por otra parte, ha hecho surgir el temor de que los derechos humanos puedan utilizarse para ocultar estrictos objetivos proteccionistas o políticos mientras se reducen las oportunidades comerciales en los países más pobres y empeora realmente la situación de los derechos humanos de sus trabajadores<sup>11</sup>. Así pues, sigue siendo controvertida la utilización del comercio para lograr objetivos en materia de derechos humanos en otros países.

Un factor muy determinante es cómo los Estados pueden intensificar los efectos positivos del comercio en los derechos humanos y evitar las repercusiones negativas. Ya existe cierto grado de flexibilidad en las normas comerciales a fin de alcanzar objetivos de derechos humanos en el marco de las reformas mercantiles (por ejemplo, en relación con la concesión obligatoria de patentes en el caso de los medicamentos esenciales). Además, las cláusulas de excepción general también constituyen un mecanismo para suscitar cuestiones relacionadas con los derechos humanos en el marco de la OMC cuando se constata que un Estado miembro ha infringido las normas básicas de un acuerdo de la OMC. Así pues, constituyen un medio para lograr que las normas de la OMC se interpreten y apliquen teniendo debidamente en cuenta las normas internacionales de derechos humanos en situaciones en que podría surgir un conflicto de normas.

No hay ciertamente ningún indicio de que las cláusulas de excepción general constituyen el único modo de conciliar ambos conjuntos de normas. Debe hacerse todo lo posible para interpretar y aplicar las normas básicas de los acuerdos de la OMC a luz de las normas y principios pertinentes en materia de derechos humanos y hacer uso de disposiciones concretas de la OMC que puedan servir para promover y proteger los derechos humanos<sup>12</sup>. Las cláusulas de excepción han de considerarse el último recurso.

## **I. LAS CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN GENERAL COMO MECANISMO PARA PLANTEAR CUESTIONES DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC**

Las cláusulas de excepción general constituyen un mecanismo para encauzar importantes intereses y obligaciones concretos de los Estados que en principio no serían compatibles con los acuerdos de la OMC. En esas cláusulas se reconoce "la importancia de que una nación soberana pueda actuar para promover los intereses de la lista [de excepciones], incluso cuando las medidas que adopte entren en conflicto con diferentes obligaciones relacionadas con el comercio internacional"<sup>13</sup>. El Órgano de Apelación de la OMC ha hecho suya esa opinión<sup>14</sup>. Sin embargo, no debe considerarse que las excepciones generales confieren a los gobiernos el derecho a adoptar las decisiones que deseen en el ámbito interno, incluso cuando tengan relación con el bienestar social. Esa interpretación podría dar lugar a que no fue aplicable la totalidad del sistema de la OMC, dado que las excepciones podrían invocarse para anular a voluntad cualquier obligación contraída en el marco de la OMC<sup>15</sup>. Por ello, es necesario evaluar cada cláusula de excepción en el marco de los acuerdos comerciales para comprender cómo pueden utilizarse para atender a fines legítimos en materia de derechos humanos.

Tres de los acuerdos de la OMC contienen cláusulas de excepción general<sup>16</sup>: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), artículo XX; el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), artículo XIV; y el Acuerdo sobre Contratación Pública, artículo XXIII. El Acuerdo sobre los ADPIC también contiene una cláusula de excepción general relacionada con la concesión de patentes<sup>17</sup>. Otros acuerdos de la OMC no contienen esas cláusulas<sup>18</sup>. No obstante, en el caso de las cuestiones relacionadas con los acuerdos indicados en el anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (por ejemplo, el Acuerdo sobre la Agricultura), las normas del GATT se pueden aplicar, aunque no queda claro la situación de las cláusulas de excepción en este contexto<sup>19</sup>. Por otra parte, en el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio se adopta un criterio diferente. En lugar de considerar que las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, como la protección de la vida y la salud humanas, son excepciones generales, se las incorpora a la determinación de si una medida es compatible con las normas comerciales<sup>20</sup>.

Ciertamente algunas de las excepciones generales no guardan relación con los derechos humanos y otras están tan estrechamente vinculadas con determinados derechos humanos que apenas hay que explicar su contenido en detalle<sup>21</sup>. Sin embargo, tres de las excepciones generales podrían ser aplicables a un ámbito más amplio de cuestiones relacionadas con los derechos humanos. Dos de ellas aparecen bajo formas diferentes en los cuatro acuerdos. La primera es la excepción por la que se permite a los Estados adoptar medidas para proteger la moral pública<sup>22</sup>. La segunda es la excepción por la que se permite la adopción de medidas de protección de la *vida o la salud humana*, animal y vegetal. La tercera permite la adopción de medidas para proteger el orden público. Aparece en el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo sobre Contratación Pública y el AGCS; su omisión en el GATT no debe considerarse significativa<sup>23</sup>.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados constituye el mecanismo de interpretación autorizado para evaluar la aplicabilidad de esas cláusulas de excepción a los derechos humanos. Tal enfoque respecto de la interpretación es obligatorio de conformidad con el apartado 2 del artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, en el que se dispone que los acuerdos de la OMC han de interpretarse de conformidad con las "normas usuales de interpretación".

En el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena se dispone un tratado "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Dado que esas cláusulas constituyen cláusulas de excepción a las disposiciones generales del tratado, la expresión "objeto y fin" del tratado es probable que tenga una utilización limitada por lo que respecta a su interpretación. En el artículo 31, se dispone, además, que, a los efectos de la interpretación, el "contexto" incluirá el preámbulo y los anexos. Por otra parte, habrá que tener en cuenta toda práctica ulterior respecto de la aplicación del tratado en la que se establezca el acuerdo de las partes sobre su interpretación. Así, la jurisprudencia de la OMC será un importante mecanismo interpretativo.

A tenor de lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31, habrá que tener en cuenta "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Por último, el artículo 32 permite recurrir a medidas de interpretación complementarias, como los trabajos preparatorios del tratado, cuando el proceso interpretativo del artículo 31 deje

ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En consecuencia, al interpretar las cláusulas de excepción general que pudieran ser pertinentes para los derechos humanos, los mecanismos interpretativos básicos consistirían en:

- Una evaluación del sentido corriente que haya de atribuirse a los términos
- Su contexto, incluidos el preámbulo de los tratados y la jurisprudencia de la OMC
- Las normas de derecho internacional aplicables entre las partes
- De ser necesario, medios de interpretación complementarios, incluidos los trabajos preparatorios del correspondiente tratado

#### ***Evaluación del sentido corriente que haya de atribuirse a los términos***

Por lo que respecta a la expresión "moral pública", en el *Universal Dictionary of the English Language* se define la "moral" como lo relacionado con la clasificación de los actos humanos en buenos y malos. En el *Webster's New International Dictionary* se define la moral como lo que se ajusta a lo que es bueno y recto. Así pues, la definición es muy amplia. Sin embargo, resultaría muy difícil sostener el argumento en favor de la exclusión de las normas de derechos humanos sobre la base del sentido corriente que haya de atribuirse a los términos. A este respecto, "en el mundo moderno, la propia idea de la moralidad pública ha pasado a ser indisociable del interés que suscitan la personalidad, la dignidad y la capacidad humanas, tal como se pone de manifiesto en los derechos fundamentales. Una concepción de la moral o la moralidad pública que excluyera conceptos de derechos fundamentales sería simplemente contraria al sentido contemporáneo corriente del concepto"<sup>24</sup>.

Las palabras "vida o salud humana", con arreglo a su sentido corriente, también tiene un alcance muy amplio y se ha considerado que puede incluir cierto número de derechos humanos. Ciertamente el derecho a la vida<sup>25</sup> y el derecho a la salud<sup>26</sup> entran dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo, hay otros numerosos derechos que también deberían incluirse. En particular, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le

asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". Desde la perspectiva de los derechos humanos, el concepto de "vida y salud humanas" guarda relación, por consiguiente, con numerosos derechos económicos, sociales y culturales referidos al bienestar de la persona.

Por último, el sentido corriente de la expresión "orden público" es tan amplio que realmente apenas sirve para mejorar el conocimiento que tenemos de cómo debe interpretarse. Ello no debe sorprender, dado que los orígenes jurídicos de la expresión son muy concretos (véase *infra*) y debe considerarse el "contexto" para definir la expresión.

***Su contexto, incluidos el preámbulo de los tratados y la jurisprudencia de la OMC***

El problema fundamental de ese tipo de análisis estriba en que hay muy poca jurisprudencia directamente pertinente. Las referencias a los derechos humanos en las actuaciones de solución de diferencias de la OMC son sumamente raras<sup>27</sup> y ninguna se corresponde con las cláusulas de excepción propiamente dichas. Además, sólo hay un caso en que se han tenido en cuenta las expresiones "moral pública" u "orden público" -en relación con el apartado a) del artículo XIV del AGCS<sup>28</sup>- y no hay jurisprudencia por lo que respecta al apartado a) del artículo XX del GATT de 1994<sup>29</sup>.

En *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* el Grupo Especial señaló que la expresión "moral pública" denotaba "normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación", en tanto que la expresión "orden público" aludía a la "preservación de los intereses fundamentales de la sociedad, tal como se reflejan en las leyes y la política pública. Esos intereses fundamentales pueden referirse, entre otras cosas, a normas de derecho, seguridad y moralidad". Además, el Grupo Especial consideró que la "moral pública" y el "orden público" eran conceptos distintos, pero que, en tanto que ambos intentaban proteger valores en buena medida similares, podía existir cierto grado de superposición. Sin embargo, el Grupo Especial no estaba obligado a considerar sus dimensiones de derechos humanos. Además, es preciso destacar la opinión del Grupo de que las expresiones "moral pública" y "orden público" podían variar en el tiempo y en el espacio, en función de

los valores sociales, culturales, éticos y religiosos prevalecientes, y que debería darse a los miembros de la OMC "cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de "moral pública" y "orden público" en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores"<sup>30</sup>. La reciente revisión de la decisión del Órgano de Apelación parece respaldar las interpretaciones del Grupo Especial<sup>31</sup>.

Hay más casos en relación con la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, centrados en el apartado b) del artículo XX del GATT. Ninguno de ellos entraña interpretar la excepción en el sentido de incluir normas de derechos humanos<sup>32</sup>, si bien la jurisprudencia arroja cierta luz sobre las posibles interpretaciones de la cláusula con fines de derechos humanos. Hay un caso que se refiere a las restricciones a la importación de cigarrillos extranjeros en Tailandia. El Grupo Especial sobre solución de diferencias sostuvo que la prohibición de la importación de cigarrillos no estaba justificada de conformidad con el apartado b) del artículo XX, dado que no podía demostrarse que esa medida hubiese servido para reducir realmente el número de fumadores en el país y dado que había otros métodos eficaces para lograr tal objetivo normativo. No obstante, "el Grupo Especial observó que, sin duda, esta disposición permitía a las partes contratantes dar prioridad a la salud de las personas sobre la liberalización del comercio" siempre que fuera necesaria la medida adoptada para promover ese objetivo. El Grupo Especial observó que normalmente una prohibición de la publicidad de los cigarrillos estaba justificada por razones de salud pública y podía encontrar apoyatura en el apartado b) del artículo XX<sup>33</sup>. El derecho de los Estados miembros a determinar el nivel de protección que juzgaran necesario se destacó en el caso de la Comunidad Europea y el amianto, en el que se señaló que "es incuestionable que los miembros de la OMC tienen derecho a determinar el grado de protección de la salud que consideran apropiado en una determinada situación"<sup>34</sup>. Esos casos dan lugar a la presunción de que los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad cuando se trata de adoptar medidas para proteger la vida o la salud de su población, siempre que puedan demostrar que existe un verdadero riesgo para la salud y que la adopción de una determinada medida comercial sirve para hacer verdaderamente frente a ese riesgo.

En el marco de la jurisprudencia de la OMC, hay otros casos que, de manera más amplia, guardan relación con el método de interpretar las cláusulas de excepción general. Esos casos son los concernientes a otras subcláusulas del artículo XX del GATT<sup>35</sup> y muestran cómo un Grupo



Especial encargado de una diferencia o el Órgano de Apelación interpretaría que los casos relacionados con las cláusulas indicadas podían tener relación con los derechos humanos.

Como primer principio importante, en la jurisprudencia se determina que el hecho de que las cláusulas no sean más que meras excepciones a las normas generales de los acuerdos de la OMC no significa que tales cláusulas deban ser interpretadas de manera más restringida o estricta. En el caso relativo a las *Comunidades Europeas - Hormonas* se señala lo siguiente: "caracterizar simplemente la disposición de un tratado como una "excepción" no basta para justificar una interpretación "más estricta" o "más restringida" de esa disposición que la que se obtendría mediante un examen del sentido corriente de las palabras concretas del tratado, consideradas en el contexto y a la luz del objeto y el fin de ese tratado o, en otras palabras, aplicando las normas corrientes de interpretación de los tratados"<sup>36</sup>. En ese mismo caso, el Órgano de Apelación indicó que, si el significado del tratado era ambiguo, el sentido que había de preferirse era el que "sea menos oneroso para la parte que contraiga la obligación" o "entrañe menos restricciones generales para las partes"<sup>37</sup>. Esa técnica interpretativa confiere un alcance mayor a las cláusulas de excepción general, dado que éstas eximen a los Estados de cumplir obligaciones contraídas en virtud de tratados<sup>38</sup>.

En segundo lugar, la interpretación amplia de las cláusulas de excepción se observa también en un caso de la OMC, a saber, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, en el que se indica lo siguiente: "las normas de la OMC no son tan rígidas ni inflexibles que no permitan juicios razonados para hacer frente al interminable y siempre cambiante flujo y reflujo de los hechos reales, en casos reales, en el mundo real. Servirán mejor al sistema de comercio multilateral si se interpretan con ese espíritu"<sup>39</sup>. Ese enfoque es particularmente pertinente en el caso de las cláusulas de excepción, dado que éstas "se redactaron deliberadamente en términos generales para permitir la flexibilidad necesaria a fin de que una única norma se utilizara en numerosas y diferentes circunstancias de hecho"<sup>40</sup>.

En tercer lugar, ese flexible enfoque interpretativo cuenta con el apoyo de un principio procedente de la jurisprudencia y que podría denominarse "enfoque evolutivo". Muchos de los casos más destacados que constituyen la jurisprudencia se refieren a excepciones generales invocadas con fines ambientales. Esos casos son comparables en el sentido de que afectan a importantes cuestiones sociales referentes a valores no económicos que,

dentro del sistema de la OMC, han de contraponerse a intereses mercantiles. El Órgano de Apelación establece un principio muy importante en el denominado caso del *Camarón/tortuga*<sup>41</sup>, en el que se pidió al Órgano de Apelación que examinara el sentido de la expresión "recursos naturales agotables" de conformidad con el apartado g) del artículo XX del GATT. El Órgano de Apelación consideró que la expresión incluía a las especies amenazadas, como las tortugas. El Órgano de Apelación llegó a esa conclusión tras adoptar un "enfoque evolutivo" respecto de la interpretación de los términos de los tratados: los términos de los tratados no son estáticos, sino que han de interpretarse a la luz de su sentido actual<sup>42</sup>. Así pues, los miembros de la OMC podían adoptar medidas, que en principio entrañarían el incumplimiento de sus obligaciones respecto del GATT, para proteger a las especies amenazadas en el marco de la excepción prevista en el apartado g) del artículo XX del GATT. Para definir el alcance del apartado g) del artículo XX, el Órgano de Apelación se refirió al derecho ambiental internacional, tal como se había desarrollado desde la negociación del GATT inicial, y consideró que las disposiciones del derecho ambiental internacional eran las que servían para interpretar el significado de las palabras "recursos naturales agotables".

El Órgano de Apelación consideró que ese "enfoque evolutivo" era, en términos generales, el método apropiado para interpretar el significado de los términos de los tratados y citó algunos casos planteados en la Corte Internacional de Justicia. Las expresiones "moral pública", "vida o salud humana" y "orden público" también deberían interpretarse utilizando un "enfoque evolutivo", lo que entrañaría la observancia actual de las normas y principios internacionales de derechos humanos<sup>43</sup>.

Por último, cabe destacar que la jurisprudencia respalda limitadamente la utilización de las excepciones generales como mecanismo para imponer condiciones y sanciones a *otros* países por no respetar las normas de derechos humanos. En el caso del *Camarón/tortuga*, las sanciones se consideraron justificadas, aun cuando hubiese ciertas dudas acerca de si las tortugas (que eran los seres a que se pretendía beneficiar mediante la protección ambiental) penetrarían alguna vez en el territorio de los Estados Unidos<sup>44</sup>. Así pues, esa decisión se ha considerado una prueba de que pueden imponerse legalmente restricciones a otros países aun cuando los presuntos beneficiarios no tengan ninguna relación con el país que las impone (por ejemplo, una prohibición respecto de los productos fabricados en otro país en condiciones de trabajo que no se ajusten a los derechos laborales

básicos)<sup>45</sup>. No obstante, parece claro, a la vista del argumento del Órgano de Apelación (en éste y en otros casos) que, si la excepción se utilizara por razones ajenas a la jurisdicción de ese país, como en el caso de hacer cumplir normas laborales en otro Estado, resultará mucho más difícil justificar que cuando un Estado invoca una excepción general para, por ejemplo, proteger los derechos humanos de su propia población<sup>46</sup>.

***Las normas de derecho internacional aplicables entre las partes***

El Órgano de Apelación ha hecho suya la obligación de tener en cuenta las "normas de derecho internacional aplicables entre las partes" y así, en el caso de los *Estados Unidos - Gasolina*, sostuvo que las normas de la OMC no debían ser leídas en "aislamiento clínico del derecho internacional público"<sup>47</sup>. Es importante destacar que, a los efectos de determinar el sentido amplio de esta obligación, las palabras "entre las partes" no deben interpretarse en el sentido de que las normas del derecho internacional únicamente son pertinentes cuando se aplican a todos los miembros de la OMC. No todos los tratados internacionales tienen los mismos miembros y, dado que la OMC admite a miembros no soberanos, no puede tener exactamente el mismo número de miembros que cualquier otro tratado internacional<sup>48</sup>. Además, en algunas ocasiones el Órgano de Aplicación ha examinado tratados internacionales en los que participaban diferentes miembros de la OMC a fin de interpretar el significado de una expresión concreta de un acuerdo de la OMC<sup>49</sup>. Por ejemplo, en el caso del *Camarón/tortuga* citado *supra*, el Órgano de Apelación se basó en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, que no tenían el mismo número de miembros que la OMC, como medio para interpretar las palabras "recursos naturales agotables"<sup>50</sup>.

Por ello, es posible llegar a la conclusión de que los tratados internacionales de derechos humanos con numerosos miembros serían instrumentos válidos para interpretar las expresiones "moral pública", "vida o salud humana" y "orden público".

***De ser necesario, medios de interpretación complementarios, incluidos los trabajos preparatorios del correspondiente tratado***

En la presente sección se examinan los trabajos preparatorios en relación con las expresiones "moral pública", "orden público" y "protección de la vida

o salud humana", así como la jurisprudencia pertinente y las interpretaciones hechas en otras jurisdicciones.

### *Moral pública*

No suscitó prácticamente ningún debate el significado del apartado a) del artículo XX durante las negociaciones que dieron lugar al GATT<sup>51</sup>. La explicación más plausible se refiere a que los negociadores de las normas comerciales ya tenían una idea común de lo que significaba la expresión "moral pública". Ello es así porque se basaba en cláusulas similares que frecuentemente habían aparecido en tratados comerciales previos. Esos tratados podían ser considerados "trabajos preparatorios" a los efectos de la interpretación de la expresión "moral pública" y, por consiguiente, un mecanismo interpretativo válido. Sobre la base del análisis de esos tratados previos y del modo en que se habían aplicado las expresiones pertinentes, se observó lo siguiente en relación con el GATT: "Las políticas abarcadas por el apartado a) del artículo XX [la excepción de la moral pública] parecería que incluirían, por lo menos, las relativas a la esclavitud, las armas, los estupefacientes, las bebidas alcohólicas, la pornografía, la religión, el trabajo obligatorio y el bienestar de los animales"<sup>52</sup>.

Esto indica que la "excepción de la moral" en los tratados mercantiles contenía históricamente una serie de medidas basadas en hipótesis de valores eclécticos relativas a cuestiones consideradas importantes por las diferentes sociedades del momento. Actualmente consideramos que algunas de esas cuestiones, como el derecho a no ser sometido a esclavitud o a trabajos forzados, forman parte de los derechos humanos. En otros casos, como los de las bebidas alcohólicas, las diferentes sociedades disponen de un amplio margen de libertad para establecer sus propios cánones morales. En esas circunstancias, no cabe duda de que la expresión "moral pública" incluye los derechos humanos (reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos con un amplio número de miembros y que se hacen eco de valores fundamentales).

Para determinar el alcance y el significado de la excepción de la moral pública también es útil considerar cómo se ha aplicado en la jurisprudencia de otras jurisdicciones. La expresión aparece en cierto número de acuerdos comerciales regionales<sup>53</sup> y en la jurisprudencia de la Unión Europea (UE). En el artículo 28 del Tratado de Roma se prohíben las restricciones cuantitativas al comercio en la UE. Sin embargo, de manera similar a las cláusulas de excepción general de los tratados de la OMC, el artículo 30

dispone que pueden establecerse restricciones al comercio por razones concretas y limitadas, entre las que cabe mencionar la moral pública, el orden público y la protección de la salud y la vida humanas.

Se han planteado dos importantes casos, ambos relativos a importación de pornografía, que pueden explicar la aplicación de la disposición sobre la moralidad pública. En *Henn y Darby*<sup>54</sup>, los acusados fueron declarados culpables de eludir fraudulentamente la prohibición de importar pornografía en el Reino Unido. El Tribunal Europeo de Justicia consideró que "en principio corresponde a cada Estado miembro determinar las exigencias de moralidad pública en su territorio, según su propia escala de valores y en la forma que haya elegido". No obstante, en *Congate*<sup>55</sup>, relativo a la prohibición de exportar muñecas de goma que quedaban incluidas dentro del material pornográfico, también prohibido, únicamente se establecía una restricción parcial respecto de la venta a nivel nacional y se formuló una conclusión contra el Gobierno. La prohibición se consideró una restricción injusta respecto de las importaciones del extranjero, dado que no se justificaba porque no existía una prohibición total sobre el material pornográfico equivalente fabricado en el país. Esa jurisprudencia se ha interpretado en el sentido de permitir que los Estados miembros determinen "el significado de la moral pública en su propio territorio", pero no la utilización de esa excepción de la moral simplemente para imponer restricciones a los importadores extranjeros al margen de las restricciones impuestas a los fabricantes nacionales<sup>56</sup>.

La expresión "moral pública" también figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>57</sup> y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Ambos instrumentos incluyen algunos de los derechos humanos cuyo pleno disfrute puede restringir el gobierno por razones legítimas. Así, en el asunto *Handyside c. el Reino Unido*, un editor declarado culpable de un delito de obscenidad recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del artículo 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (libertad de expresión). El Gobierno del Reino Unido defendió la necesidad de proteger la moralidad pública. El Tribunal consideró que no había ninguna concepción uniforme de la moral en los Estados contratantes y que los Estados tenían un "margen para la apreciación" porque estaban en mejores condiciones de juzgar que un órgano jurisdiccional internacional<sup>58</sup>.

Si los Grupos Especiales de la OMC adoptaran un enfoque similar al de los Tribunales Europeos de Derechos Humanos y de Justicia, procedería a realizar una interpretación amplia de la moral pública cuando existiera realmente una base para invocarla, y debería alentarse a los Grupos Especiales de la OMC a no "anticipar las preferencias morales del gobierno que adopte la medida"<sup>59</sup>. No obstante, en el asunto *Dassonville*<sup>60</sup> se sugiere que, en el contexto europeo, la utilización de la moral pública se circunscriba a los límites del propio Estado, lo que indica que podrían surgir complicaciones si se intentaran utilizar argumentos de moral o derechos humanos de manera extraterritorial<sup>61</sup>.

#### *Orden público*

A diferencia de las otras dos excepciones que se examinan, la expresión "orden público" tiene un historial muy concreto, que resulta útil para definir su significado y su aplicación<sup>62</sup>.

El concepto de "orden público" deriva del de *ordre public*. En el derecho francés se utilizaba como razón para invalidar contratos o transacciones de carácter privado cuando se consideraba que entraban en conflicto con disposiciones fundamentales del derecho interno o, dicho de otra manera, "ofendían el orden público"<sup>63</sup>. El orden público es actualmente un concepto bien arraigado en numerosos ordenamientos civiles y en el derecho de la UE y está presente en muchos tratados internacionales<sup>64</sup>. En esos contextos, se ha interpretado que el "orden público" se refiere a los valores básicos fundamentales de un ordenamiento interno, valores éstos que son de carácter moral, económico o político.

Aunque la expresión "orden público" aparece en muchos tratados internacionales, su contenido concreto y su ámbito de aplicación no parecen definirse en ninguno de ellos<sup>65</sup>. El Tratado de Roma contiene una disposición sobre el orden público, que se traduce en inglés como "*public order*", lo que sugiere un concepto muy amplio; la expresión también aparece en una directiva de la UE que permite a los Estados establecer excepciones a sus obligaciones respecto de la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios<sup>66</sup>. No obstante, el Tribunal Europeo de Justicia ha establecido límites a la interpretación de esa expresión, cuando la plantean los gobiernos. Ha interpretado la excepción del "orden público" del Tratado (concretamente al referirse a la libertad de circulación de las personas) en el sentido de que abarca únicamente "una amenaza verdadera y suficientemente grave para un interés fundamental de la

sociedad"<sup>67</sup>. Esas palabras se hacen concretamente eco de lo dispuesto en la nota 5 del apartado a) del artículo XIV del AGCS, que dice lo siguiente: "La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad". Si se utiliza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia como orientación para saber cómo debe interpretarse esa nota, cabe recordar que el asunto en cuestión se refería al derecho de un país a deportar a una persona. En él el Estado invocaba su derecho a utilizar la disposición del "orden público" cuando estaban en juego los derechos humanos de una persona, y la limitación por el tribunal del derecho del Estado a utilizar esa disposición en el asunto en cuestión estaba claramente justificada.

¿Acaso esa restricción sobre la utilización del orden público, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Justicia y se recoge en la nota del AGCS, limita su aplicabilidad a las normas y principios de derechos humanos? Parece razonable un enfoque restrictivo respecto de la interpretación, dado que, si se interpreta ampliamente, una excepción de orden público puede servir para justificar una gama tan amplia de medidas que llegue a amenazar a la totalidad del sistema normativo del comercio internacional<sup>68</sup>. Por otra parte, a un Grupo Especial de la OMC le resultaría difícil determinar que una norma de derechos humanos de un tratado internacional de derechos humanos con numerosos miembros, cuando se utilizase para proteger a la población del Estado que invocara la disposición, no constituía un interés fundamental de esa sociedad y que no eran graves las amenazas contra esas normas. Como se ha indicado, "el orden público no es un valor en sí mismo, sino una doctrina jurídica en la que los valores fundamentales existentes de un ordenamiento jurídico prevalecerán sobre las leyes concretas que entren en contacto con ellos"<sup>69</sup>. Dado que, de hecho, los derechos humanos representan exactamente esos valores fundamentales, las limitaciones a la excepción de orden público no deben interferir en su utilización a los efectos de plantear argumentos relacionados con los derechos humanos.

#### *Protección de la vida o la salud humana*

En relación con los trabajos preparatorios correspondientes a la "protección de la vida o la salud humana", no se descubrió ninguna interpretación común sobre el alcance completo de esa expresión, aunque se comprobó que los negociadores estuvieron preocupados por el hecho de que, cuando se invocase en relación con el apartado b) del artículo XX del GATT,

podría utilizarse como medio de discriminación contra los productos extranjeros sobre la base de las "normas sanitarias"<sup>70</sup>. No obstante, no hay ninguna prueba que indique que el alcance de la excepción se limita a las medidas sanitarias; además, la utilización anterior de expresiones directamente relacionadas en las negociaciones de los tratados internacionales sugiere un reconocimiento generalizado del sentido amplio, que incluiría la protección de la vida o de la salud humana en otras numerosas situaciones<sup>71</sup>.

En lo concerniente a otra jurisprudencia, tal como se ha indicado *supra* el artículo 30 del Tratado de Roma también contiene una disposición relacionada con la "protección de la salud y vida de las personas". La jurisprudencia muestra que el Tribunal Europeo de Justicia examinará minuciosamente esas reclamaciones para asegurarse de que su objetivo real no es la protección de los productores nacionales<sup>72</sup>. Sin embargo, cuando el Tribunal considere que en principio es sostenible una reclamación basada en la salud pública, aunque sean inciertas las repercusiones médicas concretas, corresponderá a cada Estado miembro decidir qué grado de protección considera necesario para sus ciudadanos<sup>73</sup>. Al igual que la excepción de la moral pública indicada *supra*, parece, por consiguiente, que el Tribunal concede un amplio margen de libertad al Estado que invoque esa medida, cuando exista una base sólida y justificada de la reclamación correspondiente.



## **II. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES GENERALES A LAS CUESTIONES DE DERECHOS HUMANOS EN LA OMC**

Habida cuenta de que la definición de "moral pública", "orden público" y "vida o salud humana" es tan amplia, de que tales expresiones aún no se han definido con precisión en la jurisprudencia de la OMC y de que nunca se han planteado argumentos de derechos humanos, lo que habría permitido aclarar su alcance al respecto, no existen pruebas directas ni concluyentes sobre la utilización de tales expresiones en el marco de los derechos humanos.

Con todo, pueden formularse algunos argumentos contundentes en favor de la conclusión de que las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos respecto de su propia población pueden entrar dentro del ámbito de las excepciones de la "moral pública", el "orden público" y la "vida o salud humana". En primer lugar, según el sentido corriente de esas expresiones, todas las normas y principios de derechos humanos que están codificados en los instrumentos jurídicos internacionales pueden entrar dentro del ámbito de la expresión "moral pública", al tiempo que la expresión "vida o salud humana" también puede denotar derechos humanos concretos, particularmente derechos económicos, sociales o culturales, tales como el derecho a la salud y el derecho a un nivel de vida adecuado.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la OMC promueve un enfoque amplio y flexible respecto de la definición de las cláusulas de excepción general, lo que, a su vez, contribuye a la inclusión de las normas de derechos humanos como excepciones apropiadas respecto de las normas mercantiles. Es importante destacar que el "enfoque evolutivo", adoptado a los efectos de interpretar las normas ambientales en el asunto *Camarón/tortuga*, debe respaldar los argumentos que propugnan el reconocimiento actual de las normas y principios de derechos humanos como:

- Cuestiones que deben estar en la base de la "moralidad pública"
- Valores que los Estados miembros tienen derecho a incluir dentro de su propio concepto de "orden público" y
- Normas y principios que constituyen la esencia de la definición de los elementos necesarios de la vida o salud humana

Esa interpretación de las cláusulas de excepción general desde la perspectiva de los derechos humanos también puede basarse en la jurisprudencia europea al respecto, que garantiza a los gobiernos un margen de discrecionalidad para determinar las medidas apropiadas que han de adoptarse cuando no haya verdaderos motivos para invocar la disposición en cuestión. Ese es también el enfoque adoptado en el marco de la solución de diferencias de la OMC en relación con los argumentos sobre la protección de la vida o la salud humana con arreglo al apartado b) del artículo XX<sup>74</sup> y podría adoptarse un enfoque similar con respecto a los argumentos de derechos humanos de las cláusulas de excepción. Merced a ese enfoque respecto de los derechos humanos se definirían con mayor precisión expresiones que actualmente son relativamente vagas<sup>75</sup>. Además, respaldaría las medidas adoptadas sobre la base de normas internacionalmente acordadas, al tiempo que impediría que se estableciera un proteccionismo encubierto que puede tener lugar cuando no existe una definición convenida de las expresiones que se utilizan ni de lo que significan<sup>76</sup>.

Desde una perspectiva más amplia, en caso de que los mecanismos de solución de diferencias de la OMC aceptaran que las normas y principios internacionalmente reconocidos de derechos humanos deben de entrar dentro del ámbito de las cláusulas de excepción general, ello daría lugar a que:

- Los Estados pudieran cumplir sus demás obligaciones jurídicas internacionales sin crear un conflicto entre las obligaciones dimanantes de la OMC y de los tratados de derechos humanos;
- Se demostrara el debido respeto hacia los órganos nacionales (instituciones democráticas, tribunales, etc.) cuando adoptasen decisiones legítimas en relación con la armonización de sus diferentes obligaciones internacionales y nacionales<sup>77</sup>;
- Se eliminaran algunos de los aspectos que se consideran negativos respecto de la liberalización del comercio desde la perspectiva del derecho mercantil. Con ello se demostraría en qué medida los acuerdos de la OMC contienen un mecanismo para garantizar que no producen efectos perjudiciales sobre las personas vulnerables, pobres o desfavorecidas, al tiempo que se garantizaría que no se pudiera criticar fácilmente a las normas de la OMC por causar violaciones de los derechos humanos.

### **III. CUESTIONES METODOLÓGICAS EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN GENERAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ENFOQUES AL RESPECTO**

Aunque, en principio, tal vez fuera posible incluir los derechos humanos dentro de la interpretación de las expresiones "moral pública", "orden público" y "vida o salud humana", en la práctica se sigue cuestionando si, al plantear de ese modo los derechos humanos, éstos son objeto de la importancia que merecen. En el resto de esta sección se analizarán someramente algunas cuestiones metodológicas en relación con la interpretación de las cláusulas de excepción general desde la perspectiva de los derechos humanos y se propondrán modos para reducir al mínimo o superar los problemas que surjan.

Una cuestión se refiere al alcance con que un Grupo Especial o el Órgano de Apelación de la OMC puede considerar una medida de derechos humanos como "necesaria" para proteger la "moral pública", el "orden público" o la "vida o salud humana". En el análisis realizado en la sección anterior se llega a la conclusión de que esas tres expresiones pueden interpretarse en el sentido de que incluyen los derechos humanos. No obstante, ese análisis ha de situarse en el contexto de la metodología general para interpretar y aplicar el artículo XX del GATT. La jurisprudencia de la OMC sobre ese artículo explica cómo las cláusulas de excepción se interpretan y aplican en todos los acuerdos pertinentes de la OMC.

La interpretación y aplicación del artículo XX del GATT requiere un doble examen<sup>78</sup>. En primer lugar, la medida impugnada ha de reunir los criterios de una de las excepciones de los apartados a) a g) del artículo XX. En el contexto de la presente publicación, ello requiere que tal medida se refiera a un interés particular especificado en el párrafo (por ejemplo, la "moral pública", el "orden público" o la "vida o salud humana"), *así como* examinar si existe un vínculo suficiente entre la medida y el interés, para lo cual hay que determinar si la medida es "necesaria" para protegerlo. En segundo lugar, la medida ha de ajustarse a los requisitos de la cláusula inicial del artículo XX, en la que básicamente se establece un método para garantizar que las excepciones generales no se utilizan con fines proteccionistas.

El requisito establecido dentro de la primera etapa del examen de que una medida de derechos humanos ha de ser "necesaria" para proteger la "moral

pública", el "orden público" o la "vida o salud humana" plantea la cuestión de interpretar lo que significa "necesario". El Órgano de Apelación ha observado que el principio de la necesidad es un principio objetivo. Un Grupo Especial puede examinar la calificación que hace un miembro de la OMC de los objetivos de la medida y la eficacia de su enfoque regulador, pero no se ve necesariamente obligado por esa calificación, razón por la que puede también basarse en la estructura y la aplicación práctica del principio<sup>79</sup>.

Para determinar si una medida es necesaria, el Grupo Especial de que se trate debe examinarla mediante un "proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores"<sup>80</sup>. Ese proceso comienza mediante una evaluación de la importancia relativa de los intereses particulares que están en juego y debe ocuparse a continuación de otros factores que han de ser "sopesados y confrontados". En la mayoría de los casos, hay dos factores pertinentes: la contribución de la medida a la realización de los fines perseguidos por ella y el efecto restrictivo de la medida sobre el comercio internacional. A continuación un Grupo Especial debe comparar las medidas impugnadas y las posibles alternativas, y examinar después los resultados de esa comparación teniendo en cuenta la importancia de los intereses que están en juego.

Es importante destacar que corresponde a la parte demandada en una controversia -a saber, la parte que invoca las excepciones generales- formular argumentos *prima facie*, en el sentido de que su medida es "necesaria" para proteger, en el contexto existente, la "moral pública", el "orden público" o la "vida o salud humana"<sup>81</sup>. La parte demandada ha de demostrar que la medida se encuentra entre dos polos en relación con el interés que se persigue: ser "indispensable" o "contribuir a". Al realizar esa determinación, la medida debe estar considerablemente más próxima al primer polo -indispensable- que el segundo -constituir una contribución al interés que se persigue<sup>82</sup>.

Uno de los factores clave en el proceso de adopción de decisiones lo constituye el hecho de que cuanto más vitales o importantes son los valores que se persiguen tanto más fácil sería para el Órgano de Apelación aceptar que las medidas adoptadas son "necesarias" para alcanzar el objetivo normativo que se persigue<sup>83</sup>. Los Estados que formularon argumentos sobre la base de las disposiciones de los derechos humanos de los tratados internacionales en relación con las excepciones generales bastaría con que argumentasen que se encuentran en juego valores fundamentales de la sociedad y que un Grupo Especial encargado de ocuparse de una diferencia

debería adoptar la versión menos onerosa de la prueba de la necesidad (a saber, más próxima a "contribuir al" objetivo normativo que a demostrar que la medida es "indispensable")<sup>84</sup>.

No obstante, el proceso mencionado de adopción de decisiones sigue siendo un mecanismo para sopesar los argumentos relacionados con los derechos humanos fundamentalmente diferente del que se utilizaría en un foro jurídico acostumbrado a examinar cuestiones de derechos humanos, en caso de que, por ejemplo, hubiese que determinar si la medida en cuestión era *proporcional* al problema al que habría que hacer frente. La cuestión subyacente estriba en que, al utilizar una disposición de ciertos acuerdos de la OMC para plantear argumentos relacionados con los derechos humanos, los países someten esos argumentos al ordenamiento jurídico de la OMC y ese sistema se diferenciará en cierta medida de los sistemas judiciales del modelo de derechos humanos.

Otra cuestión que se plantea es la consideración que tienen las cláusulas de excepción dentro de la estructura general de los acuerdos de la OMC y cómo ello puede afectar al examen de los derechos humanos dentro de la OMC y del marco más amplio de las normas de ésta. En un proceso de solución de diferencias, las excepciones generales únicamente se tendrán en cuenta cuando se haya determinado que se ha producido una violación de otras disposiciones de la OMC. Se entiende que las excepciones indicadas permiten que los Estados impongan restricciones comerciales que sean incompatibles con los acuerdos de la OMC en cuestión. Así pues, el Estado que haga valer los derechos humanos siempre tendrá que defender su posición. Por ello, las normas de derechos humanos pueden estar demasiado vinculadas a las restricciones comerciales. Esto podría ir en contra del objetivo más amplio de los enfoques de derechos humanos respecto del comercio y el desarrollo, que sitúan la realización de los derechos humanos entre los objetivos de las normas comerciales. Además, significa que la carga de la prueba recaerá en el Estado que haga valer la excepción general a los efectos de demostrar que se reúnen los elementos de la cláusula de excepción (es decir, ¿se enmarca verdaderamente la medida en una política incluida en las excepciones? ¿Es necesaria? etc.)<sup>85</sup>.

Al plantear argumentos de derechos humanos en el marco de un foro *mercantil*, no se pueden eliminar del todo preocupaciones como las expuestas *supra*, aunque en cierta medida pueden mitigarse consiguiendo que los argumentos de derechos humanos se consideren apropiadamente dentro de

los procesos judiciales. Un importante mecanismo que contribuiría a garantizar que las normas y principios de derechos humanos se interpretaran coherentemente consistiría en que los conocimientos especializados apropiados en materia de derechos humanos se utilizaran por el correspondiente Grupo Especial o el Órgano de Apelación en una controversia al adoptar una decisión en caso de que se hubiesen planteado cuestiones de derechos humanos en el marco de las cláusulas generales de excepción<sup>86</sup>.

Los expertos en derechos humanos de reconocido prestigio pueden aportar pruebas acerca de si el Estado de que se trate se enfrentó a una verdadera cuestión de derechos humanos y si se adoptaron medidas para abordarla. Con ello se resolverían ciertamente los problemas probatorios que entraña explicar la naturaleza de las cuestiones de derechos humanos que se plantean. Ese enfoque no carecería de precedente. Por ejemplo, en el asunto de *Tailandia - Cigarrillos*, el Grupo Especial consultó a la OMS para obtener la opinión de los expertos sobre los efectos que producían los cigarrillos y para que la OMS determinase si la prohibición de Tailandia respecto de la importación de cigarrillos extranjeros era apropiada para hacer frente al problema de salud planteado<sup>87</sup>. Paralelamente, cuando se plantea una cuestión de derechos humanos, los Grupos Especiales que se ocupan de la diferencia pueden ciertamente pedir pruebas periciales a los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, habida cuenta de que los propios Grupos Especiales carecen de conocimientos especializados inmediatos para reconocer si existe verdaderamente una base para plantear un argumento relacionado con los derechos humanos.

No cabe duda de que la intervención de expertos en derechos humanos y la aportación de pruebas al respecto tal vez no bastan por sí mismas para justificar las diferencias en el enfoque jurídico indicado *supra* (los derechos humanos como "excepciones", diferentes principios jurídicos, etc.)<sup>88</sup>. Sin embargo, ese experto puede ayudar a un Grupo Especial o al Órgano de Apelación a determinar si la medida puede, de hecho, ser considerada una verdadera medida de derechos humanos que resulte "necesaria" para alcanzar los fines previstos.

Una cuestión conexas se refiere a la capacidad de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación de la OMC de realizar interpretaciones de las normas y principios de derechos humanos<sup>89</sup>. Si bien los miembros de la OMC han encomendado a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación que

interpreten los diferentes acuerdos de la OMC, en ocasiones puede haber un escaso margen de diferencia entre el hecho de reconocer que una medida de derechos humanos entra dentro del ámbito de una excepción general y el hecho de interpretar realmente el contenido o el alcance de una norma de derechos humanos. La metodología indicada *supra* debe servir para que, en el marco de la solución de diferencias, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación no se encuentren en esa situación. Antes de dictar un fallo al respecto ha de contarse con pruebas proporcionadas por un experto en derechos humanos para determinar si existe una verdadera base para la medida comercial adoptada, tras de lo cual los Grupos Especiales únicamente habrían de juzgar si esa medida concreta era "necesaria" (utilizando la interpretación más amplia de la expresión). Al dictar el fallo, debe concederse un amplio margen de apreciación a los órganos nacionales encargados de la adopción de decisiones. Así pues, los órganos encargados de la solución de diferencias no deben en ningún momento examinar ni definir la naturaleza de las obligaciones sustantivas de derechos humanos que dimanen de las normas y principios internacionales de derechos humanos.

También pueden plantearse problemas en relación con el modo en que los Estados utilizan las medidas de derechos humanos en el contexto del comercio y en relación con el hecho de si el Grupo Especial o el Órgano de Apelación de la OMC aplicarían las cláusulas de excepción general en todos los casos. Hay dos ejemplos generales que ponen de manifiesto algunos de los problemas que se suscitan en relación con el debate planteado. Por una parte, un Estado puede utilizar una medida considerada restrictiva del comercio en el marco de las normas de la OMC con el fin de cumplir sus obligaciones de derechos humanos respecto de su propia población (por ejemplo, para promover una discriminación positiva en favor de los bienes y servicios producidos por personas o grupos de personas desfavorecidos). Por otra parte, un Estado puede utilizar medidas de derechos humanos para alentar a otros Estados a promover y proteger los derechos humanos (por ejemplo, como condición para otorgar un trato preferencial en el marco del sistema generalizado de preferencias). Como se ha indicado en la introducción, esta última utilización de los derechos humanos en el contexto del comercio plantea cuestiones complejas<sup>90</sup>. En particular, tal vez resulte difícil distinguir entre las condiciones impuestas para el cumplimiento de objetivos auténticos de derechos humanos y otras condiciones utilizadas como medio para encubrir el proteccionismo (lo que no se ajusta a objetivos mercantiles ni de derechos humanos)<sup>91</sup>. Puede darse el caso de que se

conceda un mayor margen a los Estados en beneficio de las cláusulas de excepción general a fin de proteger los derechos humanos relacionados con el comercio en el propio país y en el extranjero<sup>2</sup>.

Por último, como se ha indicado, la protección de los derechos humanos mediante las disposiciones de excepción de los acuerdos comerciales no es necesariamente el único medio de conciliar las normas y principios de los derechos humanos con las normas mercantiles. En particular, un enfoque de derechos humanos respecto de la reforma comercial, la promoción de los derechos humanos en el proceso de negociación y la aplicación de normas mercantiles, recurriendo, por ejemplo, a evaluar los efectos reales y posibles que la reforma mercantil puede producir en el disfrute de los derechos humanos, deben considerarse medios preferibles para garantizar resultados compatibles con los derechos humanos. La utilización de las cláusulas de excepción puede, sin embargo, constituir un nuevo medio para proteger los derechos humanos.

### Notas

<sup>1</sup> Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización (E/CN.4/2004/40, párr. 52).

<sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>3</sup> Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (E/CN.4/Sub.2/2001/13).

<sup>4</sup> La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos (E/CN.4/2002/54).

<sup>5</sup> La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/2002/9).

<sup>6</sup> Los derechos humanos, el comercio y las inversiones (E/CN.4/Sub.2/2003/9).

<sup>7</sup> Véanse, por ejemplo, los documentos E/CN.4/2002/54, párrs. 20 y 33, E/CN.4/Sub.2/2002/9, párr. 15 y E/CN.4/Sub.2/2001/13, párrs. 37, 42 y 50.

<sup>8</sup> Véase FAO, *Agriculture, Trade and Food Security: Issues and Options in the WTO Negotiations from the Perspective of Developing Countries*, vol. II, Estudios de casos en países, Roma, 2000 (descripción de los problemas concretos de seguridad alimentaria que enfrentan los trabajadores agrícolas de los países en desarrollo en el



contexto de la liberalización); véase también FAO "Developing country experience with the implementation of the Uruguay Round Agreement on Agriculture: Synthesis of the findings of 23 Country Case Studies", documento N° 3, pág. 31. En el estudio se observaba la situación de los espárragos frescos y procesados en el Perú. En el decenio de 1990 los espárragos pasaron a ser el cultivo de exportación más dinámico del Perú, si bien los productores eran principalmente grandes explotaciones agrícolas y no pequeños agricultores. En el estudio se llegaba a la conclusión de que los ganadores y perdedores de la apertura de las políticas comerciales probablemente eran diferentes y que los pobres solían ser los más perjudicados.

<sup>9</sup> La OMS ha señalado que las patentes no son en modo alguno el único obstáculo al acceso a los medicamentos vitales, ya que pueden desempeñar un papel importante o incluso dominante en el sentido de que otorgan al titular de una patente un monopolio sobre un medicamento durante el número de años en que esté en vigor la patente. Véase el documento WHO/UNAIDS/MSF, "Determining the patent status of essential medicines in developing countries", *Health Economics and Drugs*, EDM Series, N° 17, 2004 (WHO/EDM/PAR/2004.6), pág. 7.

<sup>10</sup> E/CN.4/2004/40, párrs. 28 a 34.

<sup>11</sup> La OMC ha examinado recientemente la utilización de condiciones en relación con los acuerdos sobre medicamentos en el marco del sistema generalizado de preferencias en: *Comunidades Europeas: Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, informe del Grupo Especial (WT/DS246/R), 1° de diciembre de 2003, y *CE - Preferencias arancelarias*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS246/AB/R), 7 de abril de 2004.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, el documento E/CN.4/Sub.2/2001/13, párrs. 51 a 58, en el que se examina cómo ciertos mecanismos, como la concesión obligatoria de licencias en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, permiten que los países que se encuentran en determinadas circunstancias reduzcan los costos del tratamiento del VIH/SIDA de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y sus obligaciones en materia de derechos humanos.

<sup>13</sup> John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, MIT Press, 1989), pág. 206.

<sup>14</sup> *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS2/AB/R), 29 de abril de 1996.

<sup>15</sup> Christopher McCrudden, "International economic law and the pursuit of human rights: A framework for discussion of the legality of "selective purchasing" laws under the WTO Government Procurement Agreement", *Journal of International Economic Law* (1999), págs. 3-48, a la pág. 41, Salman Bal, "International free trade agreements and human rights: reinterpreting article XX of the GATT", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 10, N° 1 (invierno de 2001), págs. 62-108, a la pág. 70.

<sup>16</sup> Según el Acuerdo sobre Contratación Pública y el Acuerdo sobre los ADPIC, no existen oficialmente las denominadas "excepciones generales".

<sup>17</sup> En el párrafo 2 del artículo 27 se permite que los miembros excluyan las invenciones de sus sistemas de patentes cuando ello sea necesario "para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación".

<sup>18</sup> En el artículo 3 del Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio se dispone lo siguiente: "Todas las excepciones amparadas en el GATT de 1994 serán de aplicación, según proceda, a las disposiciones del presente Acuerdo"; así pues, se debe aplicar el artículo XX del GATT.

<sup>19</sup> No queda clara la relación existente entre las cláusulas de excepción del GATT y los demás Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. En el artículo XX se dispone que "ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas necesarias para proteger la moral pública", etc. No obstante, en los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías se dispone lo siguiente: "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 "Acuerdos sobre la OMC") prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo". Así pues, no queda clara la aplicabilidad de las cláusulas de excepción general al Acuerdo sobre la Agricultura.

<sup>20</sup> Así, en el artículo 2.2 del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, se dispone que los miembros de la OMC han de asegurarse 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". En el Acuerdo figura una lista no exhaustiva de "objetivos legítimos", como la protección de la salud humana o de la seguridad. El carácter abierto de los objetivos legítimos de una medida normativa puede aportar el grado de flexibilidad necesario para respaldar las medidas en favor de los derechos humanos, no como excepciones a las normas comerciales, sino en el marco de la incorporación de tales normas como "objetivos legítimos".

<sup>21</sup> Por ejemplo, el artículo XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública se refiere a medidas relacionadas con: los artículos fabricados o servicios prestados por minusválidos (lo que guarda relación con la prohibición de discriminación de la legislación sobre derechos humanos y las negociaciones celebradas en el marco del

Comité Especial de la Asamblea General encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad); instituciones de beneficencia; o instituciones penitenciarias (lo que guarda relación con la prohibición del trabajo forzoso y obligatorio del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El GATT se refiere también a las medidas relacionadas con los productos fabricados en instituciones penitenciarias. En el inciso ii) del apartado c) del artículo XIV del AGCS se hace referencia a la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales (lo que guarda relación con la prohibición de las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

<sup>22</sup> En el artículo 27 de Acuerdo sobre los ADPIC se utiliza la expresión "moralidad" en lugar de la expresión "moral pública".

<sup>23</sup> El GATT fue negociado en 1947, en tanto que los demás acuerdos se negociaron durante la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales, concluida en 1994. Si bien prácticamente cada aspecto del GATT se reconsideró durante la Ronda Uruguay, el artículo XX no fue objeto de ninguna negociación a fondo en ese momento. Véase, por ejemplo, Gabrielle Marceau, "WTO dispute settlement and human rights", *European Journal of International Law*, vol. 13, N° 4 (2002), págs. 753 a 814, nota 115, donde la autora señala lo siguiente: "la evolución de las excepciones del GATT plantea cuestiones interesantes de interpretación. Por ejemplo, habida cuenta de la falta de referencia al trabajo en instituciones penitenciarias en la lista de excepciones del AGCS al artículo XIV, tal vez sea posible que un Grupo Especial llegue a la conclusión de que la expresión "moral pública" del apartado a) del artículo XIV del AGCS ha evolucionado (desde los días del GATT) para incluir el trabajo en instituciones penitenciarias. Al mismo tiempo, sería difícil llegar a la conclusión de que el alcance de la "moral pública" del apartado a) del artículo XX del GATT es de hecho más restringido que el del apartado a) del artículo XIV del AGCS, que se refiere a un concepto similar, a saber, el de la moral pública y el orden público. ¿Cómo es posible que una medida pueda ser excluida del AGCS por una razón sustantiva condenada en el GATT? ¿Ha evolucionado la expresión "moral pública" del artículo XX del GATT hasta abarcar la expresión "moral pública y orden público" del apartado a) del artículo XIV del AGCS?".

<sup>24</sup> Robert Howse, "Back to court after Shrimp/Turtle? Almost but not quite yet: India's short lived challenge to labor and environmental exceptions in the European Union's generalized system of preferences", *American University International Law Review*, vol. 18, N° 6 (2003), págs. 1333 a 1381, en la pág. 1368.

<sup>25</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3.

<sup>26</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.

<sup>27</sup> Ernst-Ulrich Petersman, "Constitutional primacy and "indivisibility" of human rights in international law? The unfinished human rights revolution and the emerging global integration law" en *International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenges for the International Legal Order*, Stefan Griller, ed. (Nueva York, Springer Wien, 2003), pág. 254.

<sup>28</sup> *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de juegos de azar y apuestas*, informe del Grupo Especial (WT/DS285/R), 10 de noviembre de 2004.

<sup>29</sup> Steve Charnovitz, "The moral exception in trade policy", en *Trade Law and Global Governance* (Cameron May, 2002), págs. 325 a 376, en la pág. 374; McCrudden, *loc. cit.*, pág. 38; Christoph T. Feddersen, "Focusing on substantive law in international economic relations: the *public morals* of GATT's article XX a) and "conventional" rules of interpretation", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 7, N° 1 (1998), págs. 75 a 122, pág. 96; Bal, *loc. cit.*, pág. 76; Howse, "Back to court...?", pág. 1367.

<sup>30</sup> *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, informe del Grupo Especial, párrs. 6465 a 6468 y 6461.

<sup>31</sup> *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS285/AB/R), 7 de abril de 2005, párrs. 293 y ss.

<sup>32</sup> Bal, *loc. cit.*, pág. 79.

<sup>33</sup> *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, informe del Grupo Especial (DS10/R-37S/200), 7 de noviembre de 1990, en particular los párrs. 72, 73 y 78.

<sup>34</sup> *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS135/AB/R), 12 de marzo de 2001, párr. 168.

<sup>35</sup> Feddersen, *loc. cit.*, nota 48: incluye una lista de casos de la OMC en los que se ha tenido en cuenta el artículo XX del GATT.

<sup>36</sup> *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R), 16 de enero de 1998, párr. 104.

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 165.

<sup>38</sup> Charnovitz, "The moral exception...", pág. 337.

<sup>39</sup> *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS11/AB/R), 4 de octubre de 1996.

<sup>40</sup> Marceau, *loc. cit.*, pág. 790.

<sup>41</sup> *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS58/AB/R), 12 de octubre de 1998.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, párrs. 129 y 130.

<sup>43</sup> Una salvedad a ese enfoque es el hecho de que una parte del argumento del Órgano de Apelación sobre esa cuestión se refería a que el artículo XX del GATT había de leerse teniendo en cuenta el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, en el que se establece el "desarrollo sostenible" como uno de los objetivos de la OMC, lo que muestra que "los signatarios del Acuerdo sobre la OMC eran, en 1994, plenamente conscientes de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de política nacional e internacional". En el preámbulo no se mencionan concretamente los derechos humanos en los mismos términos, razón por la que se debilitaría un poco el argumento desde una perspectiva de los derechos humanos (aunque se señala que las "relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida...", lo que cabe interpretar que se aplica a los derechos humanos).

<sup>44</sup> No obstante, el Órgano de Apelación manifestó expresamente (*Camarón/tortuga*, informe del Órgano de Apelación, párr. 133) que no se pronunciaba sobre la cuestión de la aplicación extraterritorial del apartado g) del artículo XX.

<sup>45</sup> Howse, "Back to court...?", pág. 1367, Sarah H. Cleveland, "Human rights sanctions and the World Trade Organization", en *Environment, Human Rights and International Trade*, F. Francioni, ed. (Hart Publishing, 2001), pág. 236.

<sup>46</sup> Por lo que respecta a los problemas de este enfoque en un contexto de derechos humanos, véanse Charnovitz, "The moral exception...", pág. 329; Fedderson, *loc. cit.*, pág. 258. Véase también *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, informe del Grupo Especial, párr. 6.461.

<sup>47</sup> *Estados Unidos - Gasolina*.

<sup>48</sup> Marceau, *loc. cit.*, sección 3 A) 1), págs. 780 y ss.

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> *Ibíd.*, en relación con el caso del *Camarón/tortuga*, párr. 111, y la utilización de la excepción de Lomé en *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS27/AB/R), 9 de septiembre de 1997, y la aplicabilidad del acuerdo bilateral entre el Brasil y la Unión Europea en *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS69/AB/R), 13 de julio de 1998.

<sup>51</sup> Charnovitz, "The moral exception...", en la pág. 338 -la única preocupación planteada en relación con el contenido de la excepción de la moral pública se refería a su utilización para imponer restricciones a las bebidas alcohólicas a fin de promover la abstinencia.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, pág. 361.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, pág. 366: el autor observa que el Acuerdo de estrechamiento de las relaciones comerciales entre Australia y Nueva Zelanda, de 1983, contiene una excepción para proteger la moral pública: art. 18 b) 22 ILM 945, 970. En el Acuerdo de Constitución de una zona de libre comercio en la ASEAN, de 1992, se declara que nada de lo dispuesto en dicho Acuerdo impedirá que un miembro adopte las medidas que considere necesarias para proteger la moral pública: art. 9. También el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) remite a lo dispuesto en el apartado a) del artículo XX del GATT: art. 2101 1) 32 ILM.

<sup>54</sup> Asunto 34/79, *R. c. Henn y Darby* [1979] ECR 3795, [1980] 1 CMLR.

<sup>55</sup> Asunto 121/85, *Conegate Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise* [1986] ECR 1007, [1986] 1 CMLR 739.

<sup>56</sup> Paul Craig y Grainne De Burca, eds., *EU Law: Text, Cases and Materials*, 2<sup>nd</sup> ed. (OUP, 1998). pág. 597.

<sup>57</sup> Véanse los artículos 12, 14, 18, 19, 21 y 22.

<sup>58</sup> Charnovitz, "The moral exception...", en la pág. 357.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, pág. 361.

<sup>60</sup> Asunto 8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837, [1974] 2 CMLR 436.

<sup>61</sup> Charnovitz, "The moral exception...", en la pág. 358.

<sup>62</sup> Parece que hay pocos indicios en las publicaciones especializadas acerca de los trabajos preparatorios relacionados con esta expresión. Por ejemplo, no se menciona su significado en *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice* (OMC y Bernan Press, 2003).

<sup>63</sup> McCrudden, *loc. cit.*, pág. 40; Timothy G. Ackermann, "Dis'ordre'ly loopholes: TRIPS patent protection, GATT and ECJ", *Texas International Law Journal*, vol. 32 (1997), pág. 485, pág. 495.

<sup>64</sup> McCrudden, *loc. cit.*, pág. 40

<sup>65</sup> *Ibíd.*

<sup>66</sup> La descripción del alcance completo de esas excepciones (orden público, seguridad pública y salud pública), permitidas en la directiva 64/221, puede consultarse en Craig y De Burca, *op. cit.*, págs. 786 y ss.

<sup>67</sup> Asunto 30/77, *R. c. Bouchereau* [1977] ECR 1999, [1977] CMLR 800.

<sup>68</sup> McCrudden, *loc. cit.*, pág. 41.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pág. 40.

<sup>70</sup> *Guide to GATT Law and Practice: Analytical Index, Volume 1*, sexta edición actualizada (Ginebra, OMC y Bernan Press, 1995), pág. 565; se cita el acta del período de sesiones celebrado en Ginebra del Comité Preparatorio y la Conferencia de la Habana de la Tercera Comisión, foros en los que se planteó esa cuestión.

<sup>71</sup> Steve Charnovitz, "Exploring the environmental exceptions in GATT article XX", *Journal of World Trade*, vol. 25, N° 5 (1991), pág. 37, págs. 41 y ss.

<sup>72</sup> Craig y De Burca, *op. cit.*, pág. 603.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pág. 602.

<sup>74</sup> Véase *Comunidades Europeas - Amianto*, pág. 178, donde se cita *Comunidades Europeas - Hormonas*, párr. 194.

<sup>75</sup> Charnovitz, "The Moral Exception...", párr. 373.

<sup>76</sup> De hecho, la interpretación más amplia posible de la moral pública, el orden público y la vida o la salud humana daría lugar a una situación inaceptable en la que los Estados miembros de la OMC se apartarían de las normas comerciales internacionales siempre que se sintieran inclinados a hacerlo, utilizando la justificación externa de las normas y principios de derechos humanos. Charnovitz, "The moral exception...", párr. 373; Cleveland, *op. cit.*, pág. 239; McCrudden, *loc. cit.*, pág. 41; y Ackerman, *loc. cit.*, pág. 491.

<sup>77</sup> Petersmann, *op. cit.*, pág. 258.

<sup>78</sup> Feddersen, *loc. cit.*, págs. 91 y ss.

<sup>79</sup> *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, informe del Órgano de Apelación, párr. 304.

<sup>80</sup> *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, informe del Órgano de Apelación, 11 de diciembre de 2000 (WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R), párr. 164; citado en *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, informe del Órgano de Apelación, párr. 305.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrs. 306, 307 y 309.

<sup>82</sup> Véase *Corea - Carne vacuna*, párr. 161.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, párr. 162.

<sup>84</sup> Howse, "Back to court...?", pág. 1371.

<sup>85</sup> Véase McCrudden, *loc. cit.*, pág. 44.

<sup>86</sup> Por ejemplo, Federación Internacional de Derechos Humanos, *Position Paper - The WTO and Human Rights*, noviembre de 1999, en [www.fidh.org/rapports/wto-fidh.htm](http://www.fidh.org/rapports/wto-fidh.htm); McCrudden, *loc. cit.*, pág. 43, Cleveland, *op. cit.*, pág. 258.

<sup>87</sup> Véase *Tailandia - Cigarrillos*, párrs. 72 a 81, asunto en el que en ciertos de sus pasajes parece observarse que fueron las pruebas aportadas por la OMS la que condujeron al Grupo Especial a llegar a la conclusión de que la medida adoptada por Tailandia no entraba dentro del apartado b) del artículo XX.

<sup>88</sup> La tensión institucional entre ambos conjuntos de normas jurídicas no puede hacerse desaparecer totalmente mediante la aportación de pruebas de expertos en derechos humanos. No basta con llamar a un experto, como se llamaría un médico de reconocido prestigio para que aportara pruebas en un asunto médico. El problema es complejo por el hecho de que los derechos humanos que se plantean tienen su propio sistema jurídico y cuentan con normas que son diferentes de las de los magistrados especializados en derecho mercantil, como, por ejemplo, en relación con la cuestión de la no discriminación.

<sup>89</sup> Marceau, *loc. cit.*, sección 2 B) 1), pág. 777.

<sup>90</sup> Pueden consultarse diferentes opiniones sobre la cuestión en: R. Howse y M. Mutua, *Protecting Human Rights in a Global Economy: Challenges for the World Trade Organization*, (2000), en <http://www.inchrdd.ca/english/commdoc/publications/globaliation/wto/RightsGlob-html>; Cleveland, *op. cit.*, págs 245 y ss.; Vázquez, Carlos Manuel, "Trade sanctions and human rights-past, present, and future", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, N° 4, págs. 797 a 839, págs. 803 y ss. y 817; Marceau, *loc. cit.*, págs. 805 y ss.; y Petersman, *op. cit.*, pág. 258.

<sup>91</sup> Feddersen, *loc. cit.*, pág. 104; véase la declaración de los intelectuales y ONG del Tercer Mundo en contra de las vinculaciones, presentadas en la Conferencia Ministerial de Seattle - <http://www.cuts-international.org/Twin-sal.htm> (se accedió a ella el 2 de agosto de 2005).

<sup>92</sup> Véase la nota 30 *supra*. Esa distinción estaría en consonancia con los diferentes informes del Alto Comisionado en los que se examinan las cuestiones del comercio y los derechos humanos, que se centran en garantizar que los Estados mantengan la capacidad de promover y proteger los derechos humanos en sus propios territorios.

-----