

RESTRICCIONES COMERCIALES POR RAZONES ÉTICAS: LA PROHIBICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA IMPORTACIÓN DE PRODUCTOS DERIVADOS DE LAS FOCAS

ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTEGRACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES EN MATERIA DE BIENESTAR DE LOS ANIMALES EN EL DERECHO DE LA UE. *A. En los tratados constitutivos. B. En las políticas de UE.* III. REGLAMENTACIONES COMERCIALES PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS PINNÍPEDOS. *A. Las medidas comerciales multilaterales. B. Las medidas comerciales unilaterales. C. Las medidas comerciales de la UE.* IV. LA COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS DE LA OMC: SU DIFÍCIL ANCLAJE EN LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO XX DEL GATT. *A. La justificación por razones ambientales. B. La justificación por razones morales.* V. OBSERVACIONES FINALES.

RESUMEN: Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tanto las Instituciones europeas como los Estados Miembros deberán tener plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales. Con anterioridad, no obstante, la Unión Europea ya había legislado en este ámbito en el marco de otras políticas comunitarias, recurriendo, en algunos supuestos, a restricciones a la importación de mercancías provenientes de fuera de la UE, como es el caso del Reglamento sobre el comercio de productos derivados de las focas objeto de nuestro estudio. Dicha actuación no obedece a razones conservacionistas, sino a cuestiones de índole ético, lo cual dificulta aún más su compatibilidad con las normas de la OMC, más concretamente con las normas del GATT.

ABSTRACT: With the entering into force of the Treaty of Lisbon, both EU institutions and the Member States should take fully into account the requirements with regard to the welfare of animals. Previously, the EU had already legislated in this field within the framework of other EU policies, turning, in certain cases, to restrictions on the import of goods coming from outside the EU, as is the case of the Regulation on trade in seal products object of our study. Said performance does not obey to conservationist reasons but to ethical questions, which makes it even more difficult to comply with WTO regulations and more concretely with the GATT regulations.

PALABRAS CLAVE: Bienestar de los animales,

KEYWORDS: Animal Welfare, legal basis, seal

base jurídica, productos derivados las focas, restricciones comerciales, especies en peligro de extinción, OMC, moral pública.

products, restrictions on trade, endangered species, WTO, public morality.

Fecha recepción original: 9 de octubre de 2011

Fecha aceptación: 10 de enero de 2012

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de comercializar productos derivados de las focas en una de las últimas medidas adoptadas por la Unión Europea (UE) con el objetivo de evitar el sufrimiento de los animales. Se trata de dar respuesta así, como en otras ocasiones, a las preocupaciones de los ciudadanos europeos, contrarios a la presencia en los mercados nacionales de artículos obtenidos mediante ciertas técnicas de captura crueles. Como la mayoría de las iniciativas legislativas en este sentido, ésta también ha sido muy controvertida, debido a que la UE no dispone de una base jurídica específica en materia de bienestar de los animales y a que, además, tiene limitado su margen de actuación por los compromisos jurídicos internacionales asumidos por ella. Y es que hay tener presente que muchas de sus actuaciones tienen una clara proyección extraterritorial¹ pues, aparte de limitar el comercio intracomunitario, restringen, como es el caso que nos ocupa, la importación de dichos productos. De hecho, como reconocen las Instituciones de la UE, el impacto económico y social de las acciones propuestas en los países europeos será bastante limitado. En el territorio de la UE sólo se sacrifican focas, y a muy pequeña escala, en Suecia, Finlandia y el Reino Unido. Tampoco es un gran consumidor de estos productos. Se calcula, aproximadamente, que sólo el 5 % del comercio mundial llega al mercado europeo (sobre todo pieles y aceites omega 3), siendo algo más elevado el porcentaje de bienes en tránsito, con importantes industrias de transformación y venta con destino a otros países².

Ante esta situación, las empresas y organizaciones en defensa de los intereses comerciales de estos productos, por un lado, y los países que se han dedicado tradicionalmente a la caza de pinnípedos (entre otros, Canadá, Groenlandia, Noruega o Rusia), por otro, han emprendido una serie de acciones judiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y los órganos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) respectivamente. Las conclusiones a las que lleguen ambas instancias jurisdic-

1. Es preciso advertir, siguiendo las consideraciones de la profesora R. M. FERNÁNDEZ EGEA, que no estamos en presencia de una medida extraterritorial *sensu stricto* pues, aunque afecta indiscutiblemente a otros países, su ejecución sólo puede exigirse dentro del territorio de la UE. *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, Madrid 2008, p. 233.
2. Datos obtenidos del trabajo elaborado por la consultora COWI para la Comisión Europea (DG medio ambiente) titulado «Study on implementing measures for trade in seal products», enero 2010 (disponible en http://www.ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal_welfare/seals/seal_hunting.htm).

cionales servirán, amén de resolver el conflicto concreto, para clarificar el alcance de la competencia de la UE en este ámbito, pero sobre todo, lo cual tiene mayor trascendencia, para determinar la licitud de las medidas comerciales amparadas en motivaciones de índole moral. Y es que, en verdad, como veremos en las próximas páginas, las razones esgrimidas para justificar esta nueva prohibición no son ambientales, esto es, para la conservación por ejemplo de especies migratorias o en peligro de extinción, sino fundamentalmente por razones éticas, en respuesta a la fuerte corriente de opinión existente en contra de las matanzas de focas.

II. LA INTEGRACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES EN MATERIA DE BIENESTAR DE LOS ANIMALES EN EL DERECHO DE LA UE

Con el transcurso del tiempo, los animales han dejado de ser tratados como meros productos o mercancías y han pasado a ser considerados como seres sensibles, capaces de sentir dolor y afecto. Gracias a la cada vez mayor concienciación de la sociedad europea sobre estas cuestiones, el bienestar de los animales ha ido tomando mayor relevancia, logrando, tras la última reforma acaecida en el proceso de integración europea, su reconocimiento en el seno de la norma convencional constitutiva. Con anterioridad, sin embargo, las Instituciones de la UE fueron progresivamente incorporando estas exigencias en el marco de otras políticas europeas.

A. EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

En la redacción primigenia de los tratados la única referencia al tema que nos ocupa la encontramos en el artículo 36 del antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), que permitía, como ahora, restricciones a la importación o exportación de mercancías con el objeto de proteger la salud y la vida de las personas y animales. Ciertamente, fue el Tratado de la Unión Europea de 1992 el primero en incorporar estas nuevas preocupaciones, aunque los resultados fueron muy pobres: se alcanzó sólo una mera declaración de naturaleza puramente política por la que se invitaba a las Instituciones europeas y a los Estados miembros a tener en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales al elaborar y aplicar la legislación comunitaria en un número determinado de políticas. Con el Tratado de Ámsterdam se producen dos novedades importantes: una formal, al incorporarse las preocupaciones de los animales en un Protocolo anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por tanto con el mismo valor jurídico que el propio tratado; y otra material, pues la invitación se convierte en una obligación, aunque limitada a ciertos ámbitos de actuación³. Con todo, dada la falta de coincidencia de sensibilidades en esta materia, se prohibía, para respetar ciertas costumbres cul-

3. Para un análisis más detallado véase CAMM, T. y BOWLES, D., «Animal welfare and the treaty of Rome – legal analysis of the protocol on animal welfare and welfare standards in the European Union», *Journal of Environmental Law*, vol. 2, 2002, pp. 197-205.

turales de cada Estado miembro, que determinadas actividades y espectáculos populares fueran objeto de la acción europea. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el contenido de este Protocolo se insertó, casi sin modificaciones (y de igual manera a como preveía el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa⁴), en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) con la siguiente redacción:

«Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, 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» (art. 16).

Este nuevo precepto se encuentra en el título II de la primera parte del Tratado bajo la rúbrica «disposiciones de aplicación general», junto a otras cláusulas transversales que informan las políticas legislativas de la UE. Sin embargo, las exigencias en materia de bienestar de los animales parecen no gozar de la misma relevancia que otras consideraciones, como las ambientales⁵. En efecto, en tanto que la protección del medio ambiente es un objetivo esencial y fundamental de la UE⁶, el bienestar de los animales, según la jurisprudencia europea, no forma parte de los objetivos del Tratado y ni tan siquiera es un principio general del Derecho comunitario con un contenido claramente determinado que imponga a las Instituciones la necesidad de velar por él⁷. En suma, la protección de los animales no es más que una exigencia de interés general que, dado el amplio margen de discrecionalidad del que goza el legislador de la UE a la hora de equilibrar los diversos intereses en juego, puede quedar relegada con cierta facilidad si rivaliza con otros objetivos de mayor preeminencia, como la protección del medio ambiente o la salud humana⁸, si bien, como

4. El artículo III- 121 estaba ubicado en el título I de la tercera parte dedicado a las *Políticas y el funcionamiento de la Unión* y estaba redactado en los siguientes términos: «Cuando definan y ejecuten la política de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales» (DO n° C 310 de 16.12.2004).
5. LUDWIG, R. y O'GORMAN, R., «A Cock and Bull Story?-Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions», *Journal of Environmental Law*, vol. 20, 2008, p. 380.
6. STJ, de 13.8.2005, as. *Comisión/Consejo* (C-176/03), apartado 42.
7. STJ, de 12.7.2001, as. *Jippes y otros* (C-189/01), apartado 73. Sobre ella véase el interesante comentario que hace E. SPAVENTA en la revista *Common Market Law Review*, núm. 39, pp. 1159-1170.
8. Esto no significa tampoco, como apuntaba en sus conclusiones el Abogado General Gelhoed presentadas el 26 de enero de 2006 en el asunto *Austria/Parlamento y Consejo* (C-161/04), que «la protección medioambiental debe considerarse siempre el interés predominante. Tal interpretación restringiría de manera inaceptable las facultades discre-

dictamina el TJUE, el cumplimiento de dicha obligación podrá verificarse en el marco del control de la proporcionalidad de la medida⁹.

B. EN LAS POLÍTICAS DE UE

Al margen de los avances en los tratados constitutivos, las Instituciones de la UE llevan muchos años legislando en esta materia, tomando como referencia las bases jurídicas de otros ámbitos competenciales. De todas ellas, la más utilizada es la política agrícola. Al amparo del actual artículo 43 del TFUE, se han aprobado, con la vista puesta en el contenido de los acuerdos internacionales previamente elaborados por el Consejo de Europa¹⁰, reglamentaciones en el ámbito de la cría, el transporte y el sacrificio o matanza, además de normas específicas para las gallinas ponedoras¹¹, los terneros¹², los cerdos¹³ y los pollos destinados a la producción de carne¹⁴. Respecto a las explotaciones agrícolas, la legislación europea se asienta, básicamente, en cinco principios o libertades básicas: ausencia de molestias, ausencia de hambre y de sed, ausencia de miedo y angustia, ausencia de dolor, lesiones y enfermedades y libertad de expresar su comportamiento natural¹⁵. En cuanto al transporte, se persigue reducir la duración de los desplazamientos, erradicar ciertas prácticas de carga, descarga y

cionales de las instituciones comunitarias y del legislador comunitario. Como máximo, dicha disposición debe entenderse en el sentido de que las instituciones comunitarias están obligadas a tener en cuenta los intereses ecológicos en ámbitos de actuación distintos de la protección medioambiental en sentido estricto. El artículo 6 CE [actual artículo 11, que enuncia el principio de integración ambiental] sólo puede servir como criterio para apreciar la validez de la legislación comunitaria cuando resulte evidente que los intereses ecológicos no han sido tenidos en cuenta o cuando hayan sido completamente soslayados» (párr. 59). En este sentido, la profesora C. PLAZA MARTÍN afirma que «su aplicación como parámetro para revisar la validez de disposiciones de Derecho comunitario derivado va a ser [...] mucho más difícil y limitada, ya que las instituciones comunitarias van a gozar de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de equilibrar los distintos objetivos a los que [...] tienen que atender en el desarrollo de cualquier política (económicos, sociales y ambientales), en *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 185.

9. STJ, de 12. 7. 2001, *as. Jippes y otros* (C-189/01), apartado 79.
10. Convenio para la protección de los animales en explotaciones ganaderas, Estrasburgo, de 10.3.1976 (DO nº L 323 de 17.11.1978); Convenio sobre la protección de los animales de sacrificio, Estrasburgo, de 10.5.1979 (DO nº L 137 de 2.6.1988); Convenio sobre protección de los animales durante el transporte internacional (revisado), Chisinau, de 6.11.2003 (DO nº L 241 de 13.7.2004).
11. Directiva 99/74/CE del Consejo, de 19.7.1999, por la que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras (DO nº L 203 de 3.8.1999).
12. Directiva 2008/119/CE del Consejo, de 18.11.2008, relativa a las normas mínimas para la protección de terneros (DO nº L 10 de 15.1.2009).
13. Directiva 2008/120/CE del Consejo, de 18.12.2008, relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos (DO nº L 47 de 18.2.2001).
14. Directiva 2007/43/CE del Consejo, de 28.6.2007, por la que se establecen las disposiciones mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne (DO nº L 182 de 12.7.2007).
15. Directiva 98/58/CE del Consejo, de 20.7.1998, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas (DO nº L 221 de 8.8.1998).

mejorar la estructura de los medios de transporte¹⁶. Y por lo que se refiere al sacrificio, establecer normas sobre el aturrido lo más avanzadas posible científicamente¹⁷.

La armonización de legislaciones nacionales para la consecución del mercado interior (art. 114 TFUE) constituye también un fundamento jurídico adecuado para tomar medidas que eviten el sufrimiento inútil de los animales. A él se ha recurrido para ordenar la experimentación con fines científicos. La última reforma operada en este campo ha supuesto un paso más en la aplicación del conocido como principio de las tres «R» (*replacement, reduction and refinement*, por sus siglas inglesas) que tiene como finalidad sustituir y reducir al mínimo el número de animales utilizados sin comprometer la calidad de los resultados científicos, así como velar por la mejora de la cría, alojamiento y cuidados para eliminar o minimizar cualquier posible dolor, sufrimiento o angustia. Se trata, por tanto, no de una prohibición total, sino de ir introduciendo y desarrollando progresivamente métodos alternativos que aporten un nivel de información igual o superior al obtenido en los procedimientos con animales; esto es, que sean seguros para los consumidores¹⁸. Lo mismo ocurre en el sector de la cosmética, sometido a un tratamiento singularizado. Aunque, en principio, la comercialización de productos cosméticos que contuviesen ingredientes experimentados en animales debería haberse prohibido a partir de 1998¹⁹, se aplazó en varias ocasiones dicha fecha por la ausencia de alternativas científicamente validadas²⁰. Finalmente, se aprobó un complejo calendario para reemplazar gra-

16. Reglamento (CE) n° 1/2005 del Consejo, de 22.12.2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas y por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento (CE) n° 1255/97 (DO n° L 3 de 5.1.2005).
17. Reglamento (CE) n° 1099/2009 del Consejo, de 24.9.2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza (DO n° L 303 de 18.12.2009).
18. Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.9. 2010, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos (DO n° L 276 de 20.10.2010). Aún no ha expirado el periodo de trasposición, por lo que la anterior regulación (Directiva 86/609/CEE del Consejo, de 24.11.1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, DO n° L 358 de 18.12.1986) sigue aplicándose hasta el 1 de enero de 2013, con excepción del artículo 13, que se deroga con efectos a partir del 10 de mayo de 2013 (art. 62).
19. Directiva 93/35/CEE del Consejo, de 14.7.1993, por la que se modifica por sexta vez la Directiva 76/768/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DO n° L 151 de 23.7.1993).
20. El artículo 4.1 de la Directiva 76/768 establece que «cuando debido a progresos científicos insuficientes en la puesta a punto de métodos que puedan sustituir de manera satisfactoria a la experimentación animal, especialmente en los casos en que los métodos de experimentación alternativa, a pesar de todos los esfuerzos razonablemente posibles, no han sido científicamente validados como métodos que ofrecen al consumidor un grado de protección equivalente, teniendo en cuenta las directrices de la OCDE en materia de toxicidad, la Comisión presentará a más tardar el 1 de enero de 1997, un proyecto de medidas encaminadas a aplazar, por un periodo suficiente, que en ningún caso será inferior a dos años, la fecha de aplicación de esta disposición, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 10».

dualmente los ensayos con animales: desde septiembre de 2004 está prohibido en productos acabados y desde marzo de 2009 en ingredientes o combinación de ingredientes; momento también a partir del cual se deberá suspender la comercialización, salvo en lo referente a la toxicidad de las dosis, los peligros para la reproducción y la toxicinética, cuyo plazo se amplía hasta el 2013²¹.

La competencia sobre medio ambiente ha servido también, aunque sólo en muy contadas ocasiones, para emprender acciones en esta materia (art. 192 TFUE). Suelen venir acompañadas de prohibiciones a la importación de productos provenientes de fuera de la UE, por lo que dichas medidas se justifican junto a la base jurídica que regula la política comercial común (art. 207 TFUE). Un buen ejemplo de ello es la normativa que regula la utilización de trampas para la captura de animales salvajes²², pues, aparte de restringir el uso de cepos en el territorio de la UE, prohíbe la introducción en él de pieles manufacturadas de ciertas especies de animales que hubieren sido obtenidas contraviniendo reglas adoptadas internacionalmente sobre métodos de captura no cruel²³.

También se ha tenido que utilizar una doble base jurídica (arts. 114 y 207 del TFUE) para prohibir el comercio intracomunitario y la importación de pieles de perros y gatos. Es una medida destinada, fundamentalmente, a restringir la entrada de productos de peletería provenientes de terceros países, ya que no existe apenas en la UE la tradición de criar estos animales para fines comerciales. Aunque el texto definitivo dice que su promulgación viene justificada por las divergencias normativas existentes en cada uno de los Estados miembros para erradicar estas prácticas²⁴, lo que dificulta el funcionamiento normal del

21. Directiva 2003/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.2.2003, por la que se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DO n° L 66 de 11.3.2003).
22. Reglamento (CEE) n° 3254/91 del Consejo, de 4.11.1991, 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 (DO n° L 308 de 9.11.1991); aplicado por el Reglamento 35/97/CE de la Comisión, de 10.1.1997, por el que se establecen las disposiciones de certificación de las pieles y mercancías a que se refiere el Reglamento (CEE) n° 3254/91 del Consejo (DO n° L 008 de 11.1.1997).
23. Como en otras ocasiones, la amenaza de represalias comerciales retrasó su aplicación hasta que fue posible la conclusión de acuerdos con terceros países que flexibilizaban las condiciones de comercialización de sus productos (Decisión 98/142/CE del Consejo, de 26.1.1998, relativa a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad Europea, Canadá y la Federación de Rusia sobre normas internacionales de captura no cruel, así como un Acta aprobada por Canadá y la Comunidad Europea relativa a la firma del mencionado Acuerdo (DO n° L 42 de 14.2.1998), y Decisión 98/487/CE del Consejo, de 13.9.1998, relativa a la celebración de un Acuerdo internacional en forma de Acta acordada entre la Comunidad Europea y Estados Unidos de América en materia de captura no cruel, DO n° L 219 de 7.8.1998).
24. Reglamento (CE) n° 1523/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.12. 2007, por el que se prohíbe la comercialización y la importación a la Comunidad, o exportación desde esta, de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan (DO n° L 343 de 27.12.2007).

mercado interior, en verdad responde, como así se decía en la propuesta inicial, a las preocupaciones éticas de los ciudadanos europeos por la posible introducción de pieles de animales criados y sacrificados en condiciones inhumanas²⁵. Contiene, pues, muchos puntos en común con la prohibición de productos derivados de las focas que analizaremos seguidamente: no se tratan de especies en peligro de extinción y se encuentran fuera del territorio de la UE, donde son sacrificados con métodos muy crueles.

III. REGLAMENTACIONES COMERCIALES PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS PINNÍPEDOS

La conservación de las focas, como la de cualquier otro recurso marino, puede realizarse, tanto en el ámbito interno como internacional, a través de varios instrumentos normativos: la prohibición total de capturas, la interdicción de ciertas técnicas de caza, las paradas biológicas temporales, la creación de zonas especiales de protección, el establecimiento de cuotas²⁶ o, por lo que aquí nos interesa, mediante medidas comerciales unilaterales, regionales o multilaterales de diversa índole, básicamente mediante restricciones a la importación.

A. LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES

Este tipo de restricciones son adoptadas por los Estados en cumplimiento de una obligación establecida en un acuerdo internacional. Son, por tanto, fruto de un consenso internacional. Ciertamente, son más bien escasos los tratados que recogen disposiciones que afectan al comercio internacional; y respecto a la especie objeto de nuestro estudio, sólo la Convención sobre la conservación de las focas de pelo fino del Pacífico del Norte (Washington, de 7 de mayo de

25. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se prohíbe la comercialización y la importación o exportación desde la Comunidad de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan (Doc. COM (2006) 684 final, de 20.12.2006).

26. Un ejemplo de ello a escala internacional es la Convención sobre conservación de focas antárticas (Londres, de 28 de diciembre de 1972), en cuyo anexo se enuncian todo este tipo de medidas:

–En primer lugar, se establece un número máximo de capturas para las focas cangrejas (*Lobodon carcinophagus*): 175.000; leopardos marinos (*Hydrurga leptonyx*): 12.000; y focas de Weddell (*Leptonychotes weddelli*) 5.000, revisable a la luz de las evaluaciones científicas.

–En segundo lugar, se consideran como especies protegidas a las focas de Ross (*Ommatophoca Rossi*), a los elefantes marinos (*Mirounga leonina*) y a los lobos peleteros (*Arctocephalus*).

–En tercer lugar, se implantan temporadas de veda y de caza de focas entre el 1 de marzo y el 31 de agosto, durante la cual se prohíbe la captura o el sacrificio de focas. En cuarto lugar, se fijan áreas de caza y reservas de focas.

–Y en quinto lugar, se fomenta la utilización de métodos de caza de focas para asegurarse que el sacrificio o captura de las focas sea rápido, indoloro y eficiente. (disponible en http://www.ats.aq/documents/recatt/Att076_s.pdf).

1976) recoge este tipo de medidas²⁷. No obstante, la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (Washington, 3 de marzo de 1973)²⁸, más conocido por las siglas CITES, recoge en cada uno de sus anexos especies de pinnípedos: en el anexo I, que incluye especies cuyo comercio está prohibido a no ser que concurren circunstancias excepcionales (p. ej., investigación científica), encontramos la foca monje (*Monachus spp.*) o el oso marino de Guadalupe (*Arctocephalus townsendi*); en el anexo II, que incluye especies que en la actualidad no se encuentran en peligro de extinción pero podrían llegar a estarlo si no se controla eficazmente su comercio, el elefante marino del sur (*Mirounga leonina*) y otras especies de la familia de los osos y leones marinos (*Arctocephalus spp.*); y el anexo III, que incluye especies sometidas a reglamentación dentro del territorio de un Estado Parte que necesita la cooperación del resto para prevenir o restringir su explotación, las morsas canadienses (*Odobenus rosmarus*).

La Unión Europea no es Parte del Convenio, pues aún no ha entrado en vigor la enmienda de «Gaborone» adoptada en la cuarta Conferencia de las Partes en 1983 que así lo prevé²⁹. No obstante, se ha venido aplicando la CITES en el territorio de la UE desde 1982 sobre la base de la cláusula de imprevisión del artículo 235 del antiguo TCEE³⁰, y, más tarde, sobre la base del artículo 130 S, desde el momento en que se consagra la competencia de la UE en materia de medio ambiente. De todos modos, no existe una total equivalencia entre la reglamentación internacional y la europea, pues ésta contiene disposiciones más estrictas³¹. En primer lugar, establece cuatro anexos en vez de tres; el anexo D, sin equivalente en la CITES, incluye especies con un volumen de importaciones a la UE importante (art. 3). En segundo lugar, se aplican condiciones a la importación más estrictas, siendo necesario, por ejemplo, la presentación de un permiso a la importación, amén del permiso a la exportación, no sólo para las especies del anexo A, sino también del anexo B. Y, por último, aunque ciertamente hay una casi correspondencia entre los anexos I, II y III de la CITES y los anexos A, B y C del Reglamento 338/97, algunas especies del anexo II se

27. Artículo VIII. Texto en KISS, A-CH. (ed.), *Selected multilateral treaties in the field of the environment*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge 1994, pp. 460-463.

28. Texto en BOE nº 181 de 30.7.1986.

29. De conformidad con el párrafo 3 del Artículo XVII de la Convención, las enmiendas entrarán en vigor para las Partes que las acepten 60 días después de que dos tercios de dichas Partes depositen sus instrumentos de aceptación. En la actualidad 87 de los 175 Estados Parte en la CITES han aceptado la enmienda.

30. Reglamento (CEE) nº 3626/82 del Consejo, de 3.12.1982, relativo a la aplicación en la Comunidad del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (DO nº L 384 de 31.12.1982).

31. Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9.12.1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DO nº L 61 de 3.3.1997); Reglamento (CE) 865/2006 de la Comisión de 4 de mayo de 2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97 (DO nº L 166 19.6.2006); Reglamento (UE) nº 997/2010 de la Comisión, de 5.12.2010, por el que se suspende la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres (DO nº L 290 de 6.12.2010).

encuentran en el anexo A, por lo que no pueden ser utilizados para fines comerciales. En principio, estas medidas no contravienen lo establecido en la CITES, pues su artículo XIV autoriza la adopción de medidas más severas en cuanto a las condiciones de comercio, captura, posesión o transporte. No son compatibles, en cambio, con algunas de las reglas básicas del GATT, aunque, por ahora, no han dado lugar a controversia alguna ante el Órgano de Solución de Diferencia (OSD) de la OMC³².

B. LAS MEDIDAS COMERCIALES UNILATERALES

En otros casos, los Estados han optado por llevar a cabo actuaciones unilaterales sin la correspondiente cobertura internacional. El país pionero en la materia fue Estados Unidos, que ya en 1972 promulgó la polémica Ley de Protección de los Mamíferos Marinos (*Marine Mammal Protection Act*) – aún vigente con ciertas modificaciones–, que pretende conservar dichas especies y sus hábitats a fin de que sigan siendo un elemento esencial de los ecosistemas marinos³³. Aparte de instaurar una moratoria de capturas y prohibir determinadas técnicas pesqueras, el gobierno norteamericano, consciente de que estas medidas no serían efectivas si no venían acompañadas de políticas conservacionistas semejantes en el resto de países, prohibió la importación de estos animales y de los productos derivados de ellos, aunque con algunas excepciones: las capturas para fines científicos, exhibición pública o educativas, las capturas incidentales en el curso de actividades pesqueras y las destinada a la subsistencia de los nativos de Alaska. Algunas de las medidas contempladas en esta Ley dieron lugar al nacimiento de diferencias comerciales en el seno del GATT por las denuncias presentadas por México y algunos Estados de la entonces Comunidad Europea³⁴. No por cuestiones relativas a las conservación de las focas, sino de los delfines; más concretamente por el embargo a la importación de productos del atún procedente de países que no hubieran implantado programas de conservación de los mamíferos marinos equivalentes a la legislación estadounidense. Paradójicamente, años más tarde, los demandantes seguirían el mismo camino que las autoridades norteamericanas al imponer de igual modo restricciones unilaterales. Es así como el legislador mejicano añadió en enero de 2006 un nuevo precepto (art. 55 bis) a la Ley General de Vida Silvestre por la cual quedaba prohibida la importación, exportación y reexportación de ejemplares de cualquier especie de mamíferos marinos, así como de sus partes y derivados, con excepción de aquellos destinados a la investigación científica³⁵. Y años más

32. FERNÁNDEZ EGEA, R. M., *Comercio de mercancías y ...*, cit., p. 378.

33. Texto completo en <http://www.nmfs.noaa.gov/pr/pdfs/laws/mmpa.pdf>.

34. Informes del Grupo Especial Estados Unidos– Restricciones a la importación de atún, doc. GATT DS 39/R, distribuido el 3.9.1991, no adoptado; Estados Unidos– Restricciones a la importación de atún, doc. GATT DS 29/R, distribuido el 16.6.1994, no adoptado.

35. Decreto de 8 de diciembre de 2005 por el que se adiciona un artículo 55 bis y un párrafo tercero al artículo 60 bis, ambos de la Ley General de Vida Silvestre (DOF (primera sección) de 26.1.2006).

tarde, alentados por el Consejo de Europa³⁶, serían algunos países europeos los que decretarían similares medidas: primero Bélgica, que adoptó en marzo de 2007 la Ley relativa a la prohibición de fabricar y comercializar productos derivados de las focas³⁷; y luego los Países Bajos que, en virtud de los artículos 5 y 13 de la Ley de Fauna y Flora, prohibió la importación y el comercio de todo producto derivado de las focas rayadas y capuchinas con independencia de la edad del animal³⁸.

Desde una perspectiva estrictamente europea, nada impide que se lleven a cabo este tipo de actuación individualmente, sin contar con la anuencia de las Instituciones de la UE. Así lo puso de relieve el Tribunal de Justicia en la sentencia *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel*, donde se examinaba la Ley belga relativa al bienestar de los animales y su desarrollo normativo posterior en la que se prohibía la importación, comercialización y posesión de mamíferos no comprendidos en el ámbito de la normativa europea: los artículos 34 y 36 del TFUE considerados aisladamente o en conexión con el Reglamento 338/97 no se oponen a aquellas disposiciones nacionales para la protección de los animales, su bienestar o la conservación del medio ambiente, siempre que no puedan garantizarse a través de otros medios menos restrictivos³⁹. Más difícil y controvertido es su anclaje en los acuerdos de la OMC. De hecho, el Gobierno de Canadá pidió hace varios años, al amparo del mecanismo de solución de diferencias, la celebración de consultas con las antiguas Comunidades Europeas a causa de la aprobación de las restricciones belgas y neerlandesas. Recientemente, y coincidiendo con la promulgación de la nueva normativa de la UE que a continuación examinaremos, han decidido reactivar la diferencia, durante

36. La Asamblea Parlamentaria, en su Recomendación 1776, de 17 de noviembre de 2006, sobre la caza de focas, invitó a los Estados miembros del Consejo de Europa que practicaban la caza de focas a que prohibiesen todos los métodos crueles de caza que no garantizasen la muerte instantánea y sin sufrimiento de los animales, así como el aturdimiento de estos con instrumentos como hakapiks, porras y pistolas (apdo. 13.1.2), y a que promoviesen nuevas iniciativas destinadas a prohibir el comercio de productos derivados de la foca, siguiendo el precedente de México y Estados Unidos (apdo. 14).
37. *Moniteur Belge*, de 18 de abril de 2007. Junto a la Orden Ministerial, de 28 de mayo de 2004, por la que se modifica la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1995 por la que se supedita a la obtención de una licencia la importación de determinadas mercancías (*Arrêté ministériel modifiant l'arrêté ministériel du 15 septembre 1995 soumettant à licence l'importation de certaines marchandises*). *Moniteur Belge*, de 4.6.2004.
38. Aplicados conjuntamente con el Decreto de 4 de julio de 2007 por el que se modifican el Decreto sobre la designación de las especies animales y vegetales (Ley de Fauna y Flora) y el Decreto sobre las especies animales y vegetales protegidas (Exenciones) en relación con la prohibición del comercio de productos derivados de las focas rayadas y las focas capuchinas.
39. STJ, de 19.06.2008, as. *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel* (C-219/07), apartado 42. No obstante, el Tribunal dictaminó que sólo sería conforme al Derecho comunitario si se cumplía una serie de requisitos: que la elaboración de la lista de especies objeto de comercialización esté basada en criterios objetivos y no discriminatorios, que se prevea un procedimiento que permita la inclusión de nuevas especies y que exista un riesgo real para la salvaguarda de alguno de los intereses y exigencias en juego.

varios años suspendida, con la solicitud al OSD del establecimiento de un Grupo Especial para que examine dicho asunto⁴⁰.

C. LAS MEDIDAS COMERCIALES DE LA UE

La Unión Europea, sin esperar al acuerdo con otros países, también ha decidido ir más allá de las normas imperantes en la escena internacional. Un primer paso se produjo a principio de los años 80 con la directiva 83/129/CEE, que prohibía la importación de pieles y productos derivados de crías de foca rayada y con capucha⁴¹. La medida estaba justificada por las incertidumbres científicas en torno al estado de estas especies marinas. No obstante, sabedores de que su explotación es una actividad natural y legítima que constituye un aspecto importante de la economía y el modo de vida tradicional, excluyó de su aplicación la caza practicada por las poblaciones *Inuit*. La prohibición, inicialmente prevista sólo para un par de años, fue prorrogada *sine die* por la Directiva 89/370/CEE al no haber desaparecido las dudas respecto de los efectos de la caza de tipo no tradicional sobre la conservación de las focas en ciertas zonas del Atlántico oriental, el mar de Barents y el mar Blanco⁴².

Esta iniciativa europea no suscitó las quejas de los terceros países en cuyo territorio estaban presentes dichas especies (como Canadá), en tanto que éstos ya habían adoptado medidas similares; todo lo contrario a lo que ha acontecido con la actual regulación. A diferencia de la anterior, la prohibición del nuevo Reglamento 1007/2009, de 16 de septiembre, abarca todos los productos obtenidos de todas las especies de pinnípedos. ¿A qué se debe este cambio?. Desde luego, no será porque todas las especies de focas hayan pasado repentinamente a encontrarse en una situación de peligro de extinción. No responde así a razones medioambientales, sino a consideraciones de índole ético. Es una respuesta a las preocupaciones de los ciudadanos y de los consumidores ante el sacrificio y el despellejamiento de las focas; la reacción de la UE por la presencia en los mercados europeos de productos obtenidos con el dolor y el sufrimiento de estos especímenes. Tanto es así que su actuación no se basa en el título XX del TFUE (medio ambiente), sino en el artículo 95 (hoy artículo 114) relativo a la aproximación de legislaciones de los Estados Miembros para garantizar la libre

40. Doc. WT/DS369/2, de 14.2.2011. En cualquier caso, como los demandantes han dirigido su reclamación contra la UE, conscientes posiblemente de que se trata de un ámbito de competencia exclusiva, será ésta quien asuma su defensa. Sobre la participación de la UE en el sistema de solución de diferencias véase BLÁZQUEZ NAVARRO, I., *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 332 y ss.; Díez-Hochleitner, J., «La unión Europea ante la reforma del sistema de solución de diferencias de la OMC», *Globalización y comercio internacional* (Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales), DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.), BOE, Madrid 2005, pp. 72 y ss.

41. DO nº L 91 de 9.4.1983.

42. DO nº L 163 de 14.6.1989. Previamente, la Directiva 85/444/CEE del Consejo, de 27 de septiembre, había extendido su aplicación hasta el 1 de octubre de 1989 (DO nº L 259 de 1.11.1985).

circulación del mercancías. Justifica así el legislador europeo su acción armonizadora en la diversidad de disposiciones nacionales, que afectan negativamente al funcionamiento del mercado interior y pueden disuadir al consumidor de la compra de productos similares.

Pues bien, ha sido precisamente la fundamentación jurídica del acto uno de los motivos que ha llevado a un grupo de organizaciones que representan a cazadores y tramperos *Inuit* de focas, así como a particulares y compañías que manufacturan productos derivados de la foca, a presentar un recurso de anulación (aún *sub iudice*) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Paralelamente, se ha presentado una demanda de medidas provisionales ante la posibilidad de que su aplicación provoque un perjuicio grave e irreparable a la economía local. Aunque el auto del Tribunal General no entra, como era de esperar, en el fondo del asunto, recoge no obstante algunas consideraciones que, a primera vista, le llevan a afirmar que las razones esgrimidas por las partes no están desprovistas de todo fundamento, sino que ponen de relieve la existencia de una controversia jurídica importante cuya solución no se impone inmediatamente. Entre otras, que no se haya recurrido al artículo 133, en tanto que no parece cierto, como defienden las Instituciones, que el Reglamento disponga meramente de medidas con efectos intracomunitarios. Un argumento que queda reforzado por el hecho de que la directiva 83/129/CEE, en vez de adoptarse sobre la base jurídica relativa al funcionamiento del mercado interior, lo fuera según el artículo 235; y sin olvidar, además, que la propia propuesta inicial de la Comisión consideraba oportuno una referencia al artículo 133 ya que prohibía a la vez las importaciones de productos provenientes de fuera de la UE. Pese a ello, la demanda fue finalmente rechazada por no haberse demostrado la urgencia de las medidas, entre otras razones, porque aún estaban sin definir las condiciones de comercialización de los productos obtenidos de la caza tradicional practicada por las comunidades indígenas⁴³.

Efectivamente, el Reglamento 1007/2009 contiene tres excepciones a la prohibición general de comercialización de productos derivados de la foca en la UE, que han sido posteriormente desarrolladas por la Comisión en el Reglamento 737/210, de 10 de agosto⁴⁴. La primera y menos conflictiva es la excepción de «uso personal», pues tiene una naturaleza ocasional y no supone un elevado tránsito de productos. La Comisión ha seguido, básicamente, la definición que la Conferencia de las Partes de la CITES ofrece de la expresión «artículos personales o bienes del hogar» que aparece en el párrafo 3 de su Artículo VII⁴⁵; de este modo sólo se permite su importación bien si los productos forman

43. Auto del Presidente del Tribunal de 30.4.2010, *as. Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo* (T-18/10 R), apartado 74 y ss.

44. DO n° L 216 de 17.8.2010.

45. Doc. Conf. 13.7 (Rev. CoP14) «Control del comercio de artículos personales y bienes del hogar», adoptada en la decimotercera reunión de la Conferencia de las Partes Bangkok (Tailandia), 2-14 de octubre de 2004:

«La Conferencia de las Partes en la Convención decide que la expresión "artículos personales o bienes del hogar" a que se hace alusión en el párrafo 3 del Artículo VII, se interprete en el sentido de que abarca a los especímenes:

parte de su indumentaria o forman parte de su equipaje personal, o bien si son objetos personales de una persona física que cambie de residencia habitual a la UE, o bien si fueron adquiridos por viajeros en un tercer país e importados más tarde (art. 4). La segunda es la excepción «sostenibilidad», destinada a controlar las poblaciones de focas para reducir los daños ocasionados a los recursos pesqueros. Se pretende, pues, que las comunidades costeras dedicadas a la pesca no se vean perjudicadas por un aumento de las poblaciones de estos predadores. En este supuesto se consiente su comercialización siempre y cuando los productos provengan de actividades enmarcadas en un plan de gestión nacional o regional de los recursos naturales basado en modelos científicos y siguiendo, como establece la Directiva marco sobre la estrategia marina, un enfoque ecosistémico⁴⁶. En ningún caso los subproductos de la caza de focas pueden comercializarse de manera sistemática con fines lucrativos. Y la última es la excepción «Inuit». No es ninguna novedad, puesto que la directiva 83/129/CEE ya lo preveía y además también se contempla ya en otros ámbitos, como la regulación de los métodos de captura no cruel, que autoriza el uso de trampas tradicionales de madera necesarias para la preservación del patrimonio cultural de las comunidades indígenas⁴⁷. Así, el nuevo Reglamento permite la comercialización de las mercancías derivadas de la caza efectuada por los *Inuit* u otras comunidades indígenas en países independientes, consideradas como tales, como previamente había estipulado el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (número 169 de la OIT)⁴⁸, «por descender de las poblaciones que poblaban el país, o una región geográfica a la que pertenece el país, en el momento de la conquista, colonización o establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, independientemente del estatus que se les reconozca jurídica-

a) de propiedad privada o poseídos con fines no comerciales;

b) legalmente adquiridos; y

c) en el momento de la importación, exportación o reexportación bien sean:

i) llevados puestos, transportados o incluidos en el equipaje personal; o

ii) parte de una mudanza de bienes del hogar;

Decide asimismo que, a los efectos de la presente resolución, el término «especimen de recuerdo para turistas» se aplique únicamente a los artículos personales y bienes del hogar adquiridos fuera del Estado de residencia habitual del propietario y que no se aplique a los especímenes vivos».

46. El artículo 1.3 establece que «las estrategias marinas aplicarán un enfoque ecosistémico respecto de la gestión de las actividades humanas, garantizándose que la presión conjunta de dichas actividades se mantenga en niveles compatibles con la consecución de un buen estado medioambiental y que no se comprometa la capacidad de los ecosistemas marinos de responder a los cambios inducidos por el hombre, permitiéndose a la vez el aprovechamiento sostenible de los bienes y servicios marinos por las actuales y las futuras generaciones». Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17.6.2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (DO n° L 164 de 25.6.2008).

47. Así se recoge en el artículo 10 del Acuerdo entre la Comunidad Europea, Canadá y la Federación de Rusia sobre normas internacionales de captura no cruel (DO n° L 42 de 14.2.1998).

48. Texto en BOE n° 58 de 8.3. 2007. Con más detalle, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Dykinson, Madrid 2001.

mente, conservan todas o alguna de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas»⁴⁹. Dicha exclusión responde a la evolución que se está produciendo paulatinamente en este ámbito en el Derecho internacional y que tuvo su máxima expresión en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (res. 61/295, de 10 diciembre de 2007), donde se reconocen una serie de derechos entre los cuales se encuentran el de disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y el de dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales (art. 20)⁵⁰. Dicho precepto parece ser la fuente de inspiración de la Comisión, pues estableció como condiciones para conceder la correspondiente autorización que la capturas fuesen efectuadas por pobladores con una tradición de caza de focas; consumidos o transformados, por lo menos parcialmente, en las propias comunidades; y, además, que contribuyesen a la subsistencia de las poblaciones indígenas (art. 3), esto es, como dice el considerando 14 del Reglamento 1007/2009, que no sean perjudicados sus intereses económicos y sociales.

Aparte de la batalla judicial abierta ante los órganos jurisdiccionales de la UE, los países con intereses comerciales en la materia han solicitado, después de los infructuosos intentos de solventar la controversia por otros medios políticos, la constitución de un nuevo Grupo Especial ante la OMC⁵¹. Como veremos a continuación, la resolución del conflicto a favor de las pretensiones de estos Estados dependerá, a nuestro entender, de cómo se interpreten las disposiciones del GATT que permiten la justificación de restricciones comerciales por motivaciones morales.

IV. LA COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS DE LA OMC: SU DIFÍCIL ANCLAJE EN LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

La Unión Europea, dentro de su ámbito competencial, tiene plena autonomía respecto a terceros para decidir sobre su política en materia de bienestar de los animales, con tal de que no se vulneren los acuerdos internacionales de los que forma parte. De todos ellos, los recogidos en el sistema multilateral del comercio tutelado por la Organización Mundial del Comercio son, sin duda alguna, los de mayor incidencia, fundamentalmente los del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994), toda vez que las medidas comerciales unilaterales chocan con algunos de sus principios y reglas básicas. Por una parte, con la cláusula de tratado nacional del párrafo 4 del artículo III, en virtud de la cual los productos importados no deberá recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional. Y, por otra parte, con la prohibición de restricciones cuantitativas a la importa-

49. Artículo 2, apdo. 1.

50. Al respecto, HERRERO DE LA FUENTE, A. y CORRAL SUÁREZ, M., «Nuevos avances en materia de derechos humanos: la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 13 de septiembre de 2007 sobre los derechos de los pueblos indígenas», *Agenda ONU*, núm. 9, 2008, pp. 13-41.

51. Doc. WT/DS369/2, de 14.2.2011; doc. WT/DS401/5, de 15.3.2011.

ción, del párrafo 1 del artículo XI del GATT. Sin embargo, pueden quedar justificadas en última instancia al amparo de alguna de las limitadas y condicionales excepciones del artículo XX, que permiten incumplir las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994 para lograr determinados objetivos de política pública⁵². Aunque ninguna hace referencia específicamente al bienestar de los animales, algunas de ellas podrían amparar en principio medidas como las llevadas a cabo por las autoridades europeas en relación con los productos derivados de las focas⁵³. En todos los casos, el análisis de dichas medidas sería doble: primero se debe evaluar si está comprendida en algunos de los apartados del artículo XX y, luego, si cumplen las exigencias de las cláusulas introductorias o preámbulo de dicho precepto, esto es, que no se apliquen «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»⁵⁴.

A. LA JUSTIFICACIÓN POR RAZONES AMBIENTALES

El artículo XX del GATT podría dar cobertura a las medidas de la UE si son consideradas o «necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales» (apartado b)), o «relativas a la conservación de los recursos naturales agotables» (apartado g)). No existe, sin embargo, una clara distinción entre ambas excepciones, lo cual no supone en la práctica ningún problema, pues no es necesario optar sólo por una de ellas, sino que es posible invocarlas a la vez, de modo que si se considera que las medidas no cumplen con las exigencias requeridas en la primera, los órganos encargados de dirimir la controversia comercial pasarían consecutivamente a examinar si encajan en el ámbito de la siguiente justificación. La experiencia de los últimos años refleja que el apartado b) ha dado cabida a políticas orientadas tanto a proteger la salud de las personas (p. ej. la eliminación de productos que contengan amianto⁵⁵) como la de los animales (p. ej. la reducción de los riesgos resultantes de la acumulación de neumáticos de desecho⁵⁶), mientras

52. Informe del Órgano de Apelación *Tailandia – Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, doc. WT/DS371/AB/R, de 17.6.2011, párr. 176.

53. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al comercio de productos derivados de la foca, doc. COM (2008) 469 final, de 23.6.2008, apdo. 1.

54. Como ha dictaminado el Órgano de Apelación este orden no es aleatorio, sino que responde a la necesidad de adaptar las normas establecidas en el preámbulo a cada una de las excepciones. Informe *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, de 12.10.1998, doc. WT/DS58/AB/R, párr. 120.

55. Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, doc. WT/DS135/R, de 18.7.2000, párrs. 8.160 y ss. Se trató del primer asunto donde se constataba que un Estado había cumplido con todos los requisitos y condiciones enunciados en lo dispuesto en el párrafo b) del artículo XX y en el preámbulo del artículo XX.

56. Informe del Grupo Especial *Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, doc. WT/DS332/R, de 12.6.2007, párrs. 7.84-7.93. En este caso, aunque la prohibición de las importaciones estaba comprendida en el ámbito de las medidas contempladas por el apartado b) del artículo XX, se dictaminó finalmente que no

que el apartado g) ha cubierto medidas destinadas a la conservación de bienes ambientales muy diversos (recursos pesqueros⁵⁷, cetáceos⁵⁸ y reptiles marinos⁵⁹ o el aire puro⁶⁰). Así pues, como apuntó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos– Camarones*, adoptando una interpretación dinámica de los términos empleados en el GATT a la luz de la evolución de los nuevos instrumentos jurídicos internacionales ambientales⁶¹, tanto los recursos vivos como los no vivos pueden estar expuestos a la disminución, el agotamiento y la extinción, y en consecuencia quedar amparados por esta disposición⁶². Ahora bien, el hecho de que una determinada especie no se encuentre en peligro de extinción (como muchos de los pinnípedos protegidos por la normativa europea) no es óbice para que se aplique esta excepción. Basta con demostrar que los recursos podrían agotarse en algún momento⁶³. Con todo, la situación crítica de una especie es un elemento que podría reforzar, como enseguida veremos, la legitimidad de cualquier restricción comercial.

Ninguna de las excepciones que acabamos de ver contiene indicación alguna sobre su ámbito de aplicación territorial. Son desde luego lícitas las políticas llevadas a cabo para proteger especies ubicadas dentro de los límites territoriales de cada Estado. Resulta más compleja su justificación, sin embargo, si se

podía justificarse al amparo del dicho artículo porque se aplicó de manera incompatible con las prescripciones del preámbulo del artículo XX.

57. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos– Prohibición de las importaciones de atún y productos derivados del atún procedente de Canadá*, cit., párr. 4.9; *Canadá– Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y de salmón sin elaborar*, doc. IBDD 35S/109, adoptado el 22.3.1988, párr. 4.4.
58. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos– Restricciones a la importación de atún*, cit., párr. 5.13.
59. Informe del Órgano de apelación *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, de 12.10.1998, doc. WT/DS58/AB/R, párr. 127 y ss.
60. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos– Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, doc. WT/DS2/R, de 29.1.1996, párr. 6.37.
61. Cfr. CARDONA LLORENS, J., «Límites al libre comercio: el medio ambiente», en *La Unión Europea y el comercio internacional : límites al libre comercio*, ESTEVE GARCÍA, F. (coord.), Universitat de Girona, Girona 2001, p. 100.
62. Como apunta el profesor X. FERNÁNDEZ PONS, la actuación del Órgano de Apelación en este asunto, donde se mezclan normas de distinto alcance, «debe ser ponderada como una operación conjunta para determinar, esencialmente, el contenido del Derecho internacional general en la materia, sin tomar de forma aislada las concretas referencias a uno u otro instrumento», *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons, Madrid 2006, p. 244-245.
63. Así, en el asunto de los *atunes* se dijo que «las reservas de delfines podían llegar a agotarse y que la base de una política encaminada a su conservación no dependía de si en la actualidad sus reservas estaban disminuidas» (párr. 5.13), en tanto que en el asunto de las *gasolinas* se afirmaba que «el aire puro era un recurso (tenía valor) que podía agotarse» (párr. 6.37). Hay quienes sostienen, por el contrario, que sólo debería utilizarse en los casos de necesidad y urgencia, por lo que debe exigirse la existencia de un cierto peligro de agotamiento (Cfr. FERNÁNDEZ EGEA, R. M., *Comercio de mercancías y ...*, cit., pp. 145 y 146).

encuentran, como ocurre con muchas de las especies de focas cubiertas por el Reglamento, fuera de sus fronteras. Durante la vigencia del GATT, los Grupos Especiales fueron muy reacios a admitir medidas con efectos más allá de la jurisdicción de cada país. Consideraban que si se permitía a las partes contratantes adoptar medidas comerciales para obligar a otras a modificar sus políticas de conservación se vería gravemente menoscabado el equilibrio de los derechos y obligaciones entre las partes contratantes, en particular el derecho de acceso a los mercados⁶⁴. Con la entrada en vigor de la OMC hubo sin embargo un cambio en la línea interpretativa mantenida hasta el momento. No fueron los Grupos Especiales⁶⁵, sino el Órgano de Apelación, el que avalaría por primera vez la legitimidad de medidas con incidencia más allá de los límites territoriales nacionales. Lo hizo en el asunto *Estados Unidos– Camarones*, al comprobar que existía un «vínculo suficiente» entre las poblaciones migratorias marinas amenazadas y el Estado que tomaba las medidas comerciales (EEUU)⁶⁶. Consideramos, por tanto, a tenor de esta decisión, que las autoridades de la UE deberían demostrar la existencia de algún nexo con las especies de pinnípedos; más aún cuando no se trata siquiera de especies en peligro de extinción. Si lo fueran, las restricciones europeas tendrían mayor aceptación, pues, como algunos defienden, hay un mínimo consenso internacional sobre la necesidad de protegerlos con independencia de dónde se encuentren, toda vez que su desaparición es un hecho que representa un *continuum* ecológico que afecta a espacios sometidos a la soberanía de distintos Estados y por ende difícilmente delimitables por las fronteras nacionales⁶⁷.

Además de cumplir con estas condiciones, se exige, si se recurre al apartado g), que las medidas sean aplicadas «conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales». Se establece una obligación de imparcialidad en los casos en que se impongan restricciones; los productos nacionales e importados deben recibir un trato similar⁶⁸. Creemos que en este punto el Reglamento que venimos examinando cumple con ella porque las restricciones

64. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos– Restricciones a la importación de atún*, cit., párr. 5.26.

65. Que siguió manteniendo que «si se siguiera una interpretación del preámbulo del artículo XX que autorizara a un Miembro a adoptar medidas que condicionen el acceso a su mercado de determinado producto a la adopción por los Miembros exportadores de determinadas políticas, incluidas políticas de conservación, el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC no podría servir como marco multilateral de comercio entre los Miembros dado que estarían amenazadas la seguridad y la previsibilidad de las relaciones comerciales en el marco de dichos Acuerdos» (Informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, de 15.5.1998, doc. WT/DS58/R, párr. 7.45).

66. Párr. 133.

67. FERNÁNDEZ EGGA, R. M., *Comercio de mercancías y ...*, cit., pp. 232, 235 y 248. O dicho de otra manera, porque constituyen una parte importante de la diversidad biológica del planeta (véase DUNOFF, J. L., «Border Patrol at the World Trade Organization», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 9, 1998, pp. 25-26).

68. Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos– Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, doc. WT/DS2/AB/R, de 29.4.1996, p. 20.

se aplican tanto al comercio intracomunitario como a las importaciones y exportaciones. En cambio, si se invoca el apartado b), lo que se deberá demostrar es que las medidas son «necesarias», esto es, que son lo menos restrictivas posibles. En contraposición a la anterior, se trata de un requisito sometido a un proceso de verificación muy exigente que ha impedido que prosperen muchas medidas comerciales. Veremos en el siguiente epígrafe, pues es una exigencia común al apartado a) relativo a la moral pública, si la normativa europea se adecua a ella.

B. LA JUSTIFICACIÓN POR RAZONES MORALES

El apartado a) del artículo XX permite restricciones comerciales necesarias para proteger la moral pública. Hasta el momento ningún Miembro ha conseguido acogerse con éxito a esta excepción. Ciertamente es que tan sólo se ha invocado en una ocasión (en el asunto *China – Servicios audiovisuales*) aunque previamente se había dilucidado otra disputa –esta vez en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)–, que por primera vez examinó el sentido de la expresión «moral pública». Fue el asunto *Estados Unidos-Juegos de azar*, en el que el Grupo Especial afirmó que con ella se hacía alusión a «normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación»⁶⁹; su significado puede variar en el tiempo y en el espacio en función de diversos factores de índole social, cultural, ético o religioso. En consecuencia, los Estados tienen cierta libertad para definir y aplicar políticas orientadas a proteger la moral pública, así como para determinar el nivel de protección que consideran adecuado conforme a sus propios sistemas y escalas de valores⁷⁰. Esta interpretación, confirmada por el Órgano de Apelación⁷¹, sirvió para justificar provisionalmente las medidas de las autoridades norteamericanas que restringían los servicios de juegos de azar y apuestas, incluido el suministro de esos servicios por Internet, que buscaban la protección de los ludópatas y de los menores de edad. De igual manera, años más tarde, asumiendo la misma línea argumental, diversas medidas tomadas por China que reservaban a determinadas empresas vinculadas con el Estado la distribución y la importación de películas cinematográficas, productos audiovisuales de esparcimiento doméstico, grabaciones sonoras y publicaciones, con el objetivo de controlar la divulgación de ciertos tipos de contenidos prohibidos que pudieran repercutir negativamente en la moral pública, también encontraron cobijo en esta excepción. En ambos casos, sin embargo, no fueron capaces de acreditar el cumplimiento del resto de exigencias: en el primero, por no haber demostrado el cumplimiento de los requisitos del «preámbulo», y en el segundo por no

69. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, doc. WT/DS285/R, de 10.11.2004, párr. 6.465.

70. Párr. 6.461.

71. Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos – medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, doc. WT/DS285/AB/R, de 7.4.2005, párr. 299.

probar que las disposiciones pertinentes eran «necesarias» para proteger la moral pública.

El demandado, en estos casos, no tiene necesariamente que acreditar la existencia de un cierto consenso internacional acerca de la moralidad de la medida adoptada. Así, volviendo al tema que nos ocupa, el que no haya acuerdo sobre la inmoralidad de ciertos métodos utilizados en el sacrificio de las focas no debería ser un obstáculo por sí mismo para rechazar la actuación de la UE; como tampoco debería serlo el hecho de que se traten de recursos marinos distribuidos geográficamente en zonas muy remotas y sin conexión con el territorio europeo. Al amparo de esta excepción no tiene sentido plantearse la cuestión del vínculo o nexo suficiente, pues la moralidad no puede *migrar* de un país a otro⁷². No se está dando respuesta, tampoco, a las inquietudes éticas de los nacionales de terceros países, ni *exportando* las preocupaciones éticas europeas. Se persigue salvaguardar exclusivamente la moral pública en la UE, evitando así la presencia de productos derivados de las focas en los mercados europeos⁷³.

Si es sorteado este primer obstáculo, debe verificarse si se cumple el requisito de la «necesidad», que entraña un proceso de «sopesar y confrontar» una serie de factores definidos con arreglo a una secuencia. En la mayoría de los casos, comienza con una evaluación de la importancia del objetivo perseguido, seguido de un examen de la contribución de la medida al fin deseado y de la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional⁷⁴. En el asunto *China – Servicios audiovisuales*, el Grupo Especial afirmó que era indudable que la protección de la moral pública figuraba entre los valores o intereses más importantes perseguidos por los Miembros como una cuestión de política pública⁷⁵. Dijo, además, amparándose en previas decisiones del Órgano de Apelación con relación a otras excepciones⁷⁶, que correspondía igualmente a ellos determinar qué nivel de protección era el adecuado. Tras este primer análisis,

72. DIEBOLD, N., «The Morals and Order Exceptions in WTO Law : Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole», *Journal of International Economic Law*, vol. 11, 2008, p. 69.

73. Véase en este sentido, pero referente a la prohibición belga relativa a la prohibición de fabricar y comercializar productos derivados de las focas, GALANTUCCI, R., «Compassionate Consumerism within the GATT Regime : can Belgium's Ban on Seal Product Imports Be Justified Under Article XX?», *California Western International Law Journal*, vol. 39, 2009, p. 294.

74. Informe del Órgano de Apelación *China – medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, doc. WT/DS363/AB/R, de 21.12.2009, párr. 242.

75. Informe del Grupo Especial *China – medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, doc. WT/DS363/R, de 12.8.2009, párr. 7.817.

76. Informes del Órgano de Apelación *Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, doc. WT/DS332/AB/R, de 3.12.2007, párr. 210; *CE – Medidas que afectan al amianto y los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, de 12.3.2001, párr.168; *Corea – Medidas que afectan a la carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, de 11.12.2001, párr. 76.

se debería comprobar la inexistencia de medidas alternativas menos restrictivas para alcanzar el objetivo de proteger la moral pública. Será la parte demandada que invoca la excepción, en el caso de que la reclamante presente una alternativa⁷⁷, la que deberá demostrar que dicha medida no está razonablemente a su alcance, sea porque es simplemente de naturaleza teórica, sea porque impone una carga indebida, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes⁷⁸.

Es muy posible que se presente como opción menos restrictiva, tal como se barajó durante todo el procedimiento legislativo del Reglamento 1007/2009⁷⁹, un sistema de etiquetado obligatorio que informe a los consumidores europeos de la presencia en los mercados de productos obtenidos a partir de focas sacrificadas con dolor o angustia. Como ya expuso el Grupo Especial en el asunto *Tailandia-Cigarrillos* al examinar la «necesidad» de las restricciones impuestas por el país asiático para proteger a la población de los ingredientes nocivos de los cigarrillos importados, una reglamentación en materia de etiquetado e información constituiría una alternativa compatible con el GATT para controlar el contenido del tabaco⁸⁰. Las Instituciones europeas, en cambio, rechazan esta posibilidad por las razones señaladas en el considerando 12 del propio Reglamento: «[...] está claro que otras formas de reglamentación armonizada, como los requisitos de etiquetado, no conseguirían el mismo resultado. Además, exigir a los fabricantes, distribuidores o minoristas el etiquetado de productos derivados total o parcialmente de la foca impondría cargas importantes a estos operadores económicos y representaría un coste desproporcionado en los casos en que estos productos no constituyan más que una ínfima parte del producto de que se trate. Por el contrario, las medidas recogidas en el presente Reglamento serán más fáciles de cumplir, y, a la vez tranquilizarán a los consumidores». Vemos, en suma, que, en su opinión, el etiquetado sólo serviría para

77. Como ha dicho recientemente el Órgano de Apelación, el que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada «no significa que la parte demandada haya de tomar la iniciativa de demostrar que *no* hay alternativas que estén razonablemente a su alcance para lograr sus objetivos. Pero cuando la parte reclamante señala una medida alternativa que, a su juicio, debería haber adoptado la parte demandada, esta última deberá demostrar por qué su medida impugnada sigue siendo necesaria» incluso teniendo en cuenta esa alternativa o, dicho de otra manera, por qué la alternativa propuesta no es una verdadera alternativa o no está razonablemente a su alcance» (Informe del Órgano de Apelación *China – medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, cit., párr. 319).

78. Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos – medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, cit., párr. 308.

79. Véase por ejemplo el Proyecto de informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al comercio de productos derivados de la foca, Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, doc. A6-0118/2009, de 5.3.2009.

80. Informe del Grupo Especial *Tailandia – Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, doc. IBDD 37S/222, adoptado el 7.11.1990, párr. 77.

mitigar la preocupación ética de los ciudadanos, no para eliminarla, por lo que han considerado necesario recurrir a herramientas más contundentes, esto es, la prohibición a la importación de productos⁸¹.

Hay que tener en cuenta, además, que el Reglamento no permite la importación o exportación de productos elaborados a partir de animales capturados mediante métodos de caza compasivos. No ofrece, tampoco, a diferencia por ejemplo de la regulación del uso de cepos, un sistema de certificación que abra la puerta a la comercialización de productos procedentes de países que respeten normas internacionales de captura no cruel⁸². Esta rigidez en la aplicación de la normativa europea podría encontrar algunas dificultades para acomodarse a las prescripciones de las cláusulas introductorias (preámbulo) del artículo XX, tal como han sido interpretados en algunas decisiones del Órgano de Apelación. En el asunto *Estados Unidos-Camarones*, la imposición de una prescripción única, rígida e inflexible fue uno de los motivos por los que se declaró que las medidas estadounidenses habían dado lugar a una «discriminación arbitraria o injustificable»⁸³. Decía el informe al respecto que no era «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»⁸⁴. Así, para cumplir con lo dictaminado en dicho informe, la administración americana hizo algunos cambios en su normativa interna con el fin de consentir programas comparables en eficacia ajustados a las condiciones específicas presentes en otros países, que fueron respaldados posteriormente, tanto por el Grupo Especial⁸⁵ como por el Órgano de Apelación⁸⁶, en la segunda parte de la controversia surgida a raíz de la falta de acuerdo entre las partes implicadas sobre el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias. Habría que plantearse entonces, a tenor de estas decisiones, si, como proponía inicialmente la Comisión, no hubiera sido menos controvertido autorizar la comercialización de productos obtenidos «de

81. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al comercio de productos derivados de la foca, cit., apdo. 2.

82. Sobre la compatibilidad de esta medida con las normas tuteladas por la OMC véase HARROP, S. H., «The international regulation of animal welfare and conservation issues through standards dealing with the trapping of wild mammals», *Journal of Environmental Law*, vol. 12, 2000, pp. 333-360; NOLLKAEMPER, A., «The legality of moral crusades disguised in trade laws: an analysis of the EC ban' on furs from animals taken by leghold traps», *Journal of Environmental Law*, vol. 8, 1996, pp. 237-256.

83. Párr. 164.

84. Párr. 177.

85. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón– Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21*, doc. WT/DS58/RW, de 15.6.2001, párr. 5.93.

86. Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21*, doc. WT/DS58/AB/RW, de 22.10. 2001, párr. 144.

focas sacrificadas y despellejadas en un país en el que se aplican las disposiciones legislativas pertinentes u otros requisitos [...] por los que se garantice efectivamente que las focas son sacrificadas y despellejadas sin causarles dolor, angustia y otras formas de sufrimiento innecesarios»⁸⁷.

V. OBSERVACIONES FINALES

Las medidas legislativas introducidas por la UE para limitar la comercialización de productos derivados de las focas supone un salto cualitativo importante respecto de la política anterior en materia de bienestar de los animales, pues tienen como propósito evitar el sacrificio de especies que se localizan, en su gran mayoría, más allá del territorio de la Unión. Consiguientemente, no resulta sorprendente la fuerte contestación que ha tenido fuera de nuestras fronteras, sobre todo en el ámbito de la OMC, donde la reclamación inicial de Noruega ha recibido ya el apoyo de Canadá, Namibia e Islandia. Frente a esta reacción, las autoridades europeas pueden bien esperar a la solución de la controversia, o bien, como se ha hecho en otras ocasiones ante las dudas sobre la solidez de los argumentos jurídicos planteados, emprender negociaciones bilaterales o multilaterales con esos países para llegar a acuerdos donde se planteen alternativas a las restricciones comerciales impuestas por la UE. Si se decide seguir esta segunda vía es muy probable que el nivel de protección que se alcance sea inferior al deseado inicialmente por las Instituciones europeas, pero no tan bajo como el que habría que asumir si partimos de una decisión contraria a los intereses de la Unión.

Al margen de las consecuencias que puede deparar en sí mismo el litigio abierto, las recomendaciones a las que pueda llegar el Grupo Especial, o más tarde el Órgano de Apelación, tendrán gran repercusión en futuras diferencias. Y es que a pesar de que, como acontece en otras jurisdicciones internacionales, el efecto del *stare decisis* no opera en el sistema de la OMC (por lo que los informes adoptados no son jurídicamente vinculantes excepto para las partes en el litigio concreto), sus resoluciones proporcionan, sin embargo, orientaciones interpretativas que deben tenerse en cuenta cuando sean pertinentes para una controversia⁸⁸. Así pues, si la decisión final recoge una interpretación amplia de la excepción relativa a la moral pública, es posible que otras medidas comerciales con un componente ético, como son las relativas a la protección de los derechos humanos (entre otras, por ejemplo, las restricciones a los productos

87. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al comercio de productos derivados de la foca, cit., letra a) del apdo. 1 del artículo 4.

88. A este respecto, el Órgano de Apelación declaró en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* que «los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia» (doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, de 4.10.1996, p. 108).

en los que haya intervenido la mano de obra infantil⁸⁹ o la prohibición a la importación de diamantes sin certificado del proceso de Kimberley⁹⁰), reciban un importante baño de legitimidad jurídica y sean así impulsadas por las autoridades nacionales. Ahora bien, se corre el riesgo, si no se establecen condiciones de aplicación estrictas, de convertir dicha justificación en un cajón de sastre que sirva de válvula de escape para incumplir las obligaciones del GATT.

89. Cfr. CHARNOVITZ, S., «The moral exception in trade policy», *Virginia journal of international law*, vol. 38, 1998, pp. 740 y ss.

90. Cfr. NADAKAVUKAREN SCHEFER, K., «Stopping Trade in Conflict Diamonds : Exploring the Trade and Human Rights Interface with the WTO Waiver for the Kimberley Process», en *Human Rights and International Trade*, COTTIER, T., PAUWELYN, J. y BÜRGI BONANOMI, E. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 391-461; PAUWELYN, J., «WTO compassion or superiority complex?: what to make of the WTO waiver for «conflict diamonds», *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, 2003, pp. 1177-1207.