

**LA REGULACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL
DE LOS RECURSOS NATURALES: REFLEXIONES A
LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS BIENES PÚBLICOS
GLOBALES¹**

**INTERNATIONAL TRADE IN NATURAL RESOURCES,
WTO LAW AND GLOBAL PUBLIC GOODS**

por IRENE BLÁZQUEZ NAVARRO

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2009-11436 sobre «Protección de bienes jurídicos globales: el desafío de los actores no estatales», financiado por el Ministerio de Investigación y Ciencia de España.

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. Los recursos naturales en el discurso actual de los bienes públicos globales: soberanía y globalización**
- 3. La indirecta regulación del comercio de los recursos naturales por el Derecho de la OMC**
- 4. La ponderación de intereses «libre comercio v. conservación de recursos naturales» en sede judicial: el unilateralismo medioambiental permitido en la OMC**
- 5. Conclusión: límites consentidos a la soberanía sobre los recursos naturales, solidaridad y cooperación internacional**

Resumen

Los recursos naturales son esenciales en el funcionamiento de la economía mundial, relevantes para la sostenibilidad medioambiental y fuente de nuevos conflictos internacionales debido a su naturaleza potencialmente agotable, su escasez ya creciente, valor estratégico, importancia esencial para la vida humana y fuerte disparidad de los Estados y operados económicos privados que sustentan los mercados de abastecimiento e importación de estos recursos. La concepción de la *seguridad* es cambiante, porque también lo son los retos que encaran el Derecho internacional, los Derechos nacionales, el Estado, los actores no estatales, la humanidad. La mundialización y globalización precisan la redefinición de categorías clásicas del Derecho internacional, especialmente en el contexto de la moderna teoría de los bienes públicos globales –como los recursos naturales– cuyos beneficios han de trascender el tiempo y las generaciones. Estas reflexiones son el punto de partida en este trabajo para abordar el régimen normativo aplicable en el seno de la OMC al comercio internacional de los recursos naturales. Las particularidades de los recursos naturales no encuentran una respuesta normativa específica en el Derecho de la OMC. Quizás por este motivo pueda ser cada vez mayor el número de casos que deba resolver el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC sobre la confrontación de intereses en la dialéctica «liberalización del comercio internacional y protección de los recursos naturales». El alcance de las medidas unilaterales-medioambientales-extraterritoriales que se admita en esta sede judicial se debe acompasar a la evolución del Derecho internacional y, así, a la eventual emergencia de nuevas normas imperativas cuya protección no conoce fronteras.

Palabras clave: recursos naturales; bienes públicos globales; soberanía; globalización; *ius cogens*; Organización Mundial del Comercio; controversias «liberalización del comercio v. conservación de los recursos naturales»; Sistema de Solución de Diferencias de la OMC; medidas unilaterales medioambientales; Derecho internacional y competencias extraterritoriales.

Abstract

Natural resources are key for the global economy, and relevant for environmental sustainability, as well as sources of new international conflicts due to their importance for human life, their potential exhaustible character, their growing scarcity, and the diversity of nations and corporations that control the markets for these resources. The concept of security is dynamic, because of the changing nature of the challenges facing international law, national laws, the State, non-

State actors, the humanity. Globalization and ‘mondialization’ demand a reconsideration of the traditional concepts of international law, particularly within the context of the modern theory of global public goods, as applied to natural resources, which benefits should transcend time and generations. These ideas are the starting point to consider the legal regime applicable to the international trade in natural resources under WTO law. The specificities of natural resources are neither precisely nor explicitly regulated by WTO law. This fact may increase the number of cases in which the Dispute Settlement Body of the WTO will be called to intervene to solve differences concerning disagreements on the ‘liberalization of international trade and the protection of natural resources.’ The scope of unilateral environmental or extraterritorial measures as defined by the DSB should take into account the evolution of international law and the emergence of imperative norms which should be protected beyond national borders.

Keywords: natural resources; global public goods; sovereignty; globalization; *jus cogens*, World Trade Organization; disputes on «trade liberalization v. conservation of natural resources»; WTO Dispute Settlement System; environmental unilateral measures; International Law and extraterritorial competences.

1. Introducción

Hay una «nueva competición planetaria» por los recursos naturales². Los recursos naturales resultan, por una parte, críticos para el funcionamiento de la economía mundial y esenciales en los procesos productivos, pero se encuentran desigualmente distribuidos y son potencialmente agotables, sean o no renovables. Por otra parte, son relevantes para la sostenibilidad medioambiental³. El creciente y continuado aumento del volumen del comercio de recursos naturales en los mercados mundiales puede influir en el agotamiento de estos recursos y tener su consumo insostenible efectos negativos sobre el medio ambiente⁴. Las características distin-

² J.I. Torreblanca, «Derrames y filtraciones», *El País*, viernes 24 de diciembre de 2010, p. 4, habla de la enorme dimensión y profundidad de la nueva competición planetaria por los recursos básicos. También, W.K. Tabb, «Resource Wars», *Monthly Review*, vol. 58, n.º 7, disponible en <http://www.monthlyreview.org/0107tabb.htm>. Acerca de la relación ‘seguridad’ y ‘acceso a los recursos naturales’ véase, V.A.H. Westing (ed.), *Global Resources and International Conflict. Environmental Factors in Strategic Policy and Action*, Oxford University Press, 1986; T.F. Homer-Dixon, *Environment, Scarcity, and Violence*, Princeton University Press, 2001; I. Bannon y P. Collier (eds.), *Natural Resources and Violent Conflict. Options and Actions*, The World Bank, 2003 y P. Collier, *Natural Resources, Development and Conflict: Channels of Causation and Policy Interventions*, The World Bank, 28 abril, 2003. Acerca de la nueva concepción de la seguridad se puede ver el trabajo de C. del Arenal, «Nuevos conflictos internacionales en un mundo ciertamente inseguro» en *Guerra y Paz: 1945-2009. Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010, pp. 167-195.

³ Una de las seis áreas prioritarias del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) es la producción, procesamiento y consumo de los recursos naturales de una manera más eficiente y sostenible. Véase en <http://www.unep.org/spanish/>.

⁴ Sobre los efectos del crecimiento económico en la inestabilidad ecológica del planeta en el pensamiento económico véase, G. Turner, «A comparison of the limits of growth with a 30 year comparison», *Global Environmental Change*, vol. 18, 2008, n.º 3, pp. 397-411 y cfr. R. Solow, «On the intergenerational allocation of natural resources», *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 88, 1986, pp. 141-149 y «The economics of resources or the resource of economics», *American Economic Review*, vol. 64, 1974, n.º 2, pp. 1-14.

tivas y únicas de los recursos naturales precisan considerar la normativa internacional que regula su comercialización y, en su caso, protección⁵.

Este trabajo evalúa algunas de las normas más relevantes del Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) aplicables al comercio de los recursos naturales. Desde la perspectiva del Derecho internacional público, es necesario estudiar esta cuestión contextualizada en el debate en curso sobre los emergentes *bienes públicos globales*, que precisa a su vez reconsiderar el valor y contenido normativo de la soberanía del Estado en tiempos de globalización y retos globales. Cabe considerar los recursos naturales como bienes públicos globales, porque pueden producir beneficios más allá de las fronteras del Estado y a través de las poblaciones e incluso de las generaciones. La protección de los bienes jurídicos globales –en general– y de los recursos naturales –en particular– situados fuera total o parcialmente de la jurisdicción del Estado es un desafío normativo para el Derecho internacional interestatal, que puede precisar respuestas de un Derecho global, basadas en la imprescindible cooperación internacional para la protección de estos bienes.

Después de trazar estas ideas sobre los retos a los que se enfrenta hoy en día el Derecho internacional en este ámbito, el trabajo retoma los antecedentes normativos relevantes en la regulación internacional del intercambio comercial de los recursos naturales y considera las disposiciones pertinentes y más significativas de los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías de la OMC a las que se deben ajustar los regímenes nacionales de los miembros de la OMC relativos a la comercialización de los recursos naturales.

Otros aspectos distintos a la comercialización de los recursos naturales en cuanto «productos» o «mercancías» a la luz de la normativa OMC son también tenidos en cuenta en este trabajo. Se apuntarán algunas reflexiones sobre tres aspectos: los servicios, la propiedad intelectual y las inversiones en el mercado de los recursos naturales.

Presentados los referentes normativos básicos en la regulación del comercio internacional de los recursos naturales, que atienden esencialmente al principio de trato nacional y no discriminación, este trabajo plantea cómo hasta la fecha ha sido interpretado el artículo XX g) del GATT de 1994, cláusula «bóveda» del sistema que permite justificar la inobservancia de la normativa OMC cuando está en causa la conservación de los recursos naturales. Como quiera que la letra del artículo XX g) –así como el tenor de los demás apartados de este precepto y las otras cláusulas «de escape» del Derecho OMC– es parca y poco expresiva respecto de cuándo puede prosperar la excepción a la vulneración de las reglas comerciales con la finalidad de salvaguardar bienes de interés público, como los recursos naturales, para la resolución de esta cuestión política será determinante la concreción del

⁵ La importancia actual de la cuestión sobre si las normas de la OMC se aplican y son adecuadas para regular el comercio internacional de los recursos naturales se pone de manifiesto en el Informe sobre el Comercio Mundial de la OMC, publicación anual que ilustra las tendencias del comercio, la política comercial y el sistema multilateral de comercio, que en 2010 se dedica al comercio de recursos naturales. Disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr10_s.htm.

equilibrio «restricción (del libre comercio) – conservación (de los recursos naturales)», que en cada caso litigioso lleve a cabo el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. El margen existente para la creación judicial del Derecho en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y la forma en que éste sea entendido por los grupos especiales y el Órgano de Apelación será clave en un futuro para las políticas nacionales relativas a los recursos naturales.

Subyacen a esta dialéctica cuestiones como el alcance de la jurisdicción del Órgano de Solución de Diferencias o el Derecho aplicable en la resolución de los conflictos normativos. Sus coordenadas referenciales que señalan al pluralismo normativo y a la complejidad de los actuales ordenamientos multinivel serán presentadas en este trabajo, que se cierra con una conclusión sobre la densidad normativa de los principios de solidaridad y cooperación en la sociedad internacional.

2. Los recursos naturales en el discurso actual de los bienes públicos globales: soberanía y globalización

Desde el Tratado de Augsburgo de 1555 y la Paz de Westfalia en 1668, la soberanía del Estado ha sido el principio canónico del Derecho internacional, «la doctrina constitucional básica del Derecho de las naciones»⁶. Sin embargo, hoy en día se cuestiona en distintos niveles y a distinta escala la dimensión funcional de la soberanía estatal clásica asociada al principio de no intervención, la igualdad soberana y la jurisdicción nacional, para hacer frente a los desafíos globales en una era de interdependencia⁷.

⁶ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6ª ed., 2003, p. 287. Sobre la soberanía del Estado véase J.A. Carrillo Salcedo, «Droit international et souveraineté des Etats», *RdC*, 1996, t. 257, pp. 35-222.

⁷ M. Koskenniemi, «What Use for Sovereignty Today?», conferencia impartida en la Sociedad Asiática de Derecho internacional, en http://asiansil.web.fc2.com/PlenarySession/koskenniemi_final.pdf. Es ya clásico el compendio de estudios acerca de un Derecho internacional sin Estados que se pueden leer en G. Teubner (ed), *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997. Más recientemente véase, C. del Arenal, «Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales», Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008, Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea, 2009, pp. 181-268 y Andrew Hurrell, *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press, 2007. Sobre los factores de globalización que han erosionado el concepto tradicional de soberanía del Estado y la pérdida estatal de funciones tradicionalmente soberanas véase, L.M. Hinojosa, «Globalización y soberanía de los Estados», *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, 2010, n.º 1, en www.reei.org. Igualmente, J. Cohen, «Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective» en S. Besson y J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010. Acerca de los desarrollos institucionales en la sociedad internacional contrarios a la igualdad soberana, que supongan garantías de legalidad y justicia para los Estados más débiles véase, C. Espósito, «Soberanía e igualdad en el Derecho internacional», en A. Ruiz Miguel y A. Macía (coords.), *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, vol. XIII, 2009, pp. 291-310. En el ámbito del Derecho internacional económico véanse los estudios recogidos en W. Shan, P. Simons y D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, 2008 y el trabajo de J.C. Fernández Rozas, «El Derecho económico internacional de la globalización» en *Guerra y Paz: 1945-2009. Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-

Las crisis económicas y energéticas, la especulación en los mercados financieros internacionales, la criminalidad, el terrorismo internacional, la deforestación, la polución de los cursos de agua internacionales, la amenaza del calentamiento global del planeta, el cambio climático, el daño a la capa de ozono, la pérdida de biodiversidad y la extinción de especies, son hechos que evidencian cómo en la práctica resulta inevitable redefinir el espacio político estatal⁸, toda vez que no se puede negar la transición de un modelo centrado en el Estado hacia un modelo pluralista en el que los gobiernos y actores no estatales confluyen⁹ y el control sobre la frontera ya no es condición suficiente para que el Estado, desbordado por los procesos característicos de la globalización¹⁰, ejerza su poder político en el modelo relacional del Derecho internacional interestatal¹¹.

La contraposición entre globalización y Estados es recurrente, como también se sigue utilizando respecto de la sociedad civil y el Estado¹². Sin perjuicio de que

Gasteiz, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010, pp. 197-236. En relación principalmente con el Derecho de la OMC, J.H. Jackson, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, 2009.

⁸ P. Mercado Pacheco, «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal», en M. Cancio Meliá (ed.), *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, n.º 9, pp. 127-150.

⁹ R. Falk, *Law in an Emerging Global Village. A Post-Westphalian Perspective*, Transnational Publishers, 1998 y *Predatory Globalization: a critique*, Polity Press, 1999, analiza el fortalecimiento de la sociedad civil con una agenda de democratización, desmilitarización, desarrollo, multiculturalismo y protección del medio ambiente y los derechos humanos. Dos estudios monográficos muy interesantes sobre el acomodo del Derecho internacional a los nuevos actores internacionales son los de L. Pérez-Prat, *Sociedad civil y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2004 y A. Bianchi, *Non-State Actors and International Law*, Ashgate Publishing, 2009. Véase también, X. Pons Rafols, «Estados soberanos y cooperación multilateral: el papel de las organizaciones internacionales» y M. Abad Castelos, «Las aportaciones de las organizaciones de la sociedad civil al Derecho internacional en un escenario en mutación», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, pp. 103-145 y 147-194, respectivamente.

¹⁰ Para una lectura crítica, A. Remiro Brotons, «Desvertebración del Derecho internacional en una sociedad globalizada», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, v. I, 1997, pp. 45-381.

¹¹ Un diagnóstico sobre las dialécticas actuales de la sociedad internacional y de las características del Derecho internacional del siglo XXI (soberanía «tensionada», informalidad y flexibilidad de los procesos de creación de normas, proliferación de tribunales internacionales, pluralismo normativo, legitimidad frente a legalidad, etc) puede verse en J. Martín y Pérez de Nanclares, «El Derecho Internacional Público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente. ¿Hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público» y P. Andrés Sáenz de Santamaría, «Las dinámicas del Derecho internacional del siglo XXI: acordes y desacordes, ambos trabajos en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, pp. 29-52 y 81-101, respectivamente. Se puede consultar también la 'teoría cinética y evolutiva' del Derecho internacional de D. García San José en su monografía *El Derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*, Tirant lo Blanch, 2008. Sobre las propuestas metodológicas para el entendimiento del Derecho internacional es muy interesante la lectura de P. Martín Rodríguez, *Los paradigmas del Derecho Internacional. Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho internacional*, Universidad de Granada, 2008.

¹² N. Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, 2006, respecto de la contraposición sociedad civil y Estados señala que «Aun pres-

se refleje así una situación real, el proceso globalizador y el Estado coexisten, no conlleva el primero la extinción del Estado y el derrumbe del principio de la soberanía, pero sí fuerza una redefinición de la acción política del Estado¹³.

‘El derecho no se ha globalizado’, ‘la globalización cultural, económica o social no ha sido acompañada de una simultánea globalización jurídica’, ‘el Estado nacional residencia el Derecho’, son todas afirmaciones compatibles con la creciente coexistencia e interconexión de órdenes políticos y jurídicos diversos vinculantes más allá del Estado nacional¹⁴. Si bien la teoría del pluralismo normativo no es nueva¹⁵, se ha reavivado en los tiempos actuales y la diferenciación entre el

cindiendo de la consideración de que los dos procesos del Estado que se hace sociedad y de la sociedad que se hace Estado son contradictorios, porque la realización del primero llevaría al Estado sin sociedad, es decir, al Estado totalitario y la realización del segundo a la sociedad sin Estado, o sea, a la extinción del Estado, los dos procesos están lejos de cumplirse y precisamente por su presencia simultánea a pesar de ser contradictorios no pueden llegar a su plena realización». Sobre la participación de la sociedad civil en las relaciones internacionales en el discurso de la globalización se puede ver, C. Izquierdo Sans, «Algunas respuestas del Derecho internacional a la globalización» en M. Cancio Meliá (ed.), *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, n.º 9, pp. 151-175.

¹³ P. Mercado Pacheco, «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal», en M. Cancio Meliá (ed.), *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, n.º 9, pp. 127-150. Véase en A. Remiro Brotons, R. Riquelme Cortado, E. Orihuela Calatayud, J. Díez-Hochleitner y L. Pérez-Prat Durbán, *Derecho internacional. Curso general*, Tirant lo Blanch, 2010, las pp. 37-63 sobre «Sociedad y Derecho internacional». Cabe llamar la atención sobre la iniciativa internacional propuesta por Naciones Unidas «Global Compact» o Pacto Mundial, cuyo objetivo es el fomento de una ciudadanía corporativa, que implique a las empresas en la gestión de algunos de los más importantes retos sociales o medioambientales que impone la globalización. El sitio web es <http://www.unglobalcompact.org/>.

¹⁴ F. Laporta, «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», en M. Cancio Meliá (ed.), *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, n.º 9, pp. 177-197, subraya el desacoplamiento entre la naturaleza global de muchas acciones y la predominante naturaleza estatal de las normas jurídicas en que se sustentan, fuente este desencaje de paradojas, de modo que los efectos negativos de la globalización no pueden ser combatidos sin un Estado bien implantado, riguroso, articulado jurídicamente, ni se puede participar en el proceso de globalización si el Estado no se dota de un Derecho fuerte.

¹⁵ El pluralismo jurídico asume la validez de los sistemas jurídicos interconectados y la inexistencia de una jerarquía formal entre las normas más allá de las normas llamadas «transitivas», como las que incorporan los derechos humanos, que están llamadas a ser observadas y aplicadas en todos los órdenes normativos. El debate sobre el pluralismo jurídico en el ámbito europeo se ilustra ejemplarmente con la jurisprudencia *Kadi I* del TJCE (STJCE de 3 de septiembre de 2008, as. ac. C-402/05 P y C-415/05 P *Kadi* y *Al Barakaat c. Consejo y Comisión*, Rec. p. I-6351) y *Kadi II* (STG de 30 de septiembre de 2010, as. T-85/09 *Kadi v. Comisión*). Sobre *Kadi I* se ha escrito y dicho mucho. Por apuntar el papel de la Unión Europea como una organización para la protección de los derechos humanos, plantear el debate acerca del pluralismo jurídico en los sistemas multi-nivel de la Unión, insistir en la autonomía del Derecho de la Unión Europea y el papel preferente de los derechos humanos o criticar al razonamiento del Tribunal de Justicia en *Kadi I* por ser un claro ejemplo de la insularidad judicial de la UE respecto del Derecho internacional, se puede acudir a la lectura de S. Besson, «The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?», *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, n.º 2 y «European Legal Pluralism after *Kadi*», *European Constitutional Law Review*, vol. 5, 2009, n.º 2, pp. 237-264; G. de Burca, «The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*», Jean Monnet Working Paper 01/09 y *Harvard Interna-*

Derecho interno y las normas internacionales puede ser falaz¹⁶. Los estudios sobre el constitucionalismo del Derecho internacional¹⁷ apoyan la idea de que esa separación entre los espacios regulados por las normas internas y las internacionales es forzada, algo que es también secundado por quienes defienden un Derecho global como parámetro interpretativo y regulatorio de la sociedad internacional¹⁸.

Sin embargo, la proliferación de jurisdicciones internacionales y la fragmentación del Derecho internacional es un falso problema¹⁹, porque todos los tribunales

tional Law Journal, vol. 51, 2010, n. 1, pp. 1-49; C. Eckes, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights – The Case of Individual Sanctions*, Oxford University Press, 2009; P. Eeckhout, «Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit», *European Constitutional Law Review*, vol. 3, 2007, n. ° 2, pp. 183-206; A. Gattini, «Joined Cases C-402/05 P & 415/05 P *Yassin Abdullah Kadi Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*. Judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008 nyr», *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, n.° 1, pp. 213-239; C. Gearty, «Situating International Human Rights Law in an Age of Counter-Terrorism», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, pp. 167-188; y P.T. Tridimas y J.A. Gutiérrez-Fons, «EU Law, International Law and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?», *Fordham International Law Journal*, vol. 32, 2009, n. ° 2, pp. 660-730. Véase también *International Law Reporter*, vol. 28, 2009, dedicado a «Challenging EU Counter-Terrorism Measures Before the Courts: An Assessment of the Kadi Judgment». Un estudio muy recomendable sobre la resolución de los conflictos entre normas cuando una de ellas protege derechos humanos se puede encontrar en M. Milanovic, «Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, 2009, pp. 68-131. En general sobre la creación de un sistema europeo de Derecho internacional véase, J. Wouters, A. Nollkaemper y E. de Wet (eds.), *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*, TMC Asser Press, 2008.

¹⁶ Véase, J. Nijman y A. Nollkaemper, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

¹⁷ Véase, J. Klabbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009. También sobre las cuestiones centrales del debate acerca del constitucionalismo más allá del Estado, del constitucionalismo internacional en ámbitos de 'gobernanza global' como las Naciones Unidas, la Unión Europea o la OMC véase, J.L. Dunoff y J. P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009. Respecto de la OMC, D.Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, 2005 y E.-U. Petersmann, «Multilevel Judicial Governance of International Trade Requires a Common Conception of Rule of Law and Justice», *Journal of International and Economic Law*, vol. 10, 2007, pp. 529-551.

¹⁸ Sobre el Derecho global se puede consultar la monografía de R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010 y también el trabajo de N. Krisch y B. Kingsbury, «Global governance and global administrative law in the international legal order», *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 1-13.

¹⁹ Acerca de la proliferación de jurisdicciones internacionales véanse los trabajos de Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003 y *Regulating the Jurisdictional Interactions Between International and National Courts*, Oxford University Press, 2007. Sobre la fragmentación del Derecho internacional existe una muy abundante bibliografía; véase R. Riquelme Cortado, *Derecho internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva-Fundación José Ortega y Gasset, 2005, capítulo V, que además está ampliamente documentado, y el informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional*, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 (completado por M. Koskeniemi), disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.htm.

internacionales aplican el Derecho internacional general, no pueden dejar de hacerlo, y también los principios generales del Derecho, se manifiesten de forma convencional o consuetudinariamente. Estos principios son una fuente autónoma y promueven la coherencia del Derecho internacional. En todo caso, la proliferación favorece el acceso a la justicia en sentido formal y material al hilo del reconocimiento de una auténtica personalidad jurídica internacional extendida a las organizaciones internacionales y, en su caso, a los particulares.

El Estado sigue siendo la última instancia en la que se residencia el Derecho. Abierto y expuesto el Estado a los desafíos globales que se posan más allá de las fronteras territoriales, la soberanía estatal se debe redefinir para reivindicar el espacio público de la política nacional e internacional y garantizar el Estado de Derecho internacional frente a una tecnocrática gobernanza mundial que, participada por actores innominados, puede eludir el cumplimiento del Derecho²⁰.

La consideración de los recursos naturales a la luz de la teoría de los *bienes públicos globales* permite reconsiderar el concepto normativo de la soberanía permanente sobre estos recursos y ponderar los riesgos que para su protección jurídica plantean las herramientas que se conciben dentro de las estructuras del Estado, cuando los hechos que ponen en peligro su conservación estén parcial o totalmente fuera del alcance del poder normativo de los Estados y el Derecho internacional no llega a regularlos; subyace a esta cuestión el déficit de participación y jurisdicción (vg., privatización de funciones públicas, escaso impacto de otras voces de la sociedad internacional en la defensa –en sede judicial– de estos bienes) del Derecho internacional.

Cuestión bien distinta es que el principio en evolución de la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales permita sostener a día de hoy que la protección de estos recursos –en cuanto valores de la sociedad internacional al albur de la moderna concepción de la teoría de los bienes públicos globales y tutelados por normas imperativas en formación– es del interés de la sociedad internacional en su conjunto, incluso cuando estos bienes se sitúan dentro de las fronteras territoriales del Estado. Fórmulas como la «garantía de la seguridad energética mundial» son imperialistas e inquietantes. Por otra parte, el Estado ha de desarrollar en el escenario de los recursos naturales funciones de política democrática; la privatización del oxígeno no es un futuro lejano.

A continuación haré unas reflexiones sobre el concepto normativo de la soberanía permanente sobre los recursos naturales y la teoría de los bienes públicos globales, para concluir este punto con una tesis (tentativa): la dialéctica soberanía-

²⁰ Es interesante destacar que la teoría de los bienes públicos globales supone la defensa de estos bienes por y frente a todos los actores. En este sentido se posiciona el trabajo de N. Carrillo, «Global Humanitarian Legal Goods and the Protection of Individuals against Violations Emanating from all Actors», que se presentará en la International Stock-Taking Conference: Beyond Territoriality –Globalisation and Transnational Human Rights Obligations, Universidad de Antwerp, mayo de 2011 (copia facilitada por el autor). Un ensayo para la superación de los déficits de la gobernanza mundial a través de la definición del papel del Derecho público se puede ver en A. von Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann, «El Derecho Internacional como Derecho Público. Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros» en J. Martín y Pérez de Naclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, pp. 57-79.

bienes jurídicos globales se podría presentar como un juego de suma cero, cuanto mayor (y contrastada jurídicamente) es la naturaleza global del bien, menos soberanía. La naturaleza global del bien (considérese el acceso al agua potable)²¹, reconocida consuetudinariamente o en el Derecho internacional general, promueve una fuerte cooperación internacional y exige una redefinición de la soberanía.

El principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales es uno de los principios de Derecho internacional más controvertido y en evolución desde la Segunda Guerra Mundial²², que se afirma al calor del proceso de descolonización y del reconocimiento de los derechos de los países en vías de desarrollo no sólo a explotar sus recursos²³, sino igualmente a impugnar los acuerdos con inversores extranjeros contrarios al principio de equidad²⁴.

La evolución de este principio forma parte y se relaciona con otros desarrollos del Derecho internacional²⁵, por lo que debe ser analizado junto al Derecho internacional de las inversiones, el Derecho internacional del Mar o el Derecho internacional medioambiental.

Es especialmente significativo cómo el Derecho internacional medioambiental puede condicionar la soberanía sobre los recursos naturales. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como 'Cumbre de la Tierra', se celebró en Río de Janeiro en 1992 y aprobó entre otros instru-

²¹ Véase, A. Herrero de la Fuente, «El derecho al agua en el orden internacional», en L. Caflisch, R. Bermejo García, J. Díez-Hochleitner y C. Gutiérrez Espada (eds.), *El Derecho internacional: normas, hechos y valores*. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 385-401.

²² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1803 (XVII) de 18 de diciembre de 1962, acerca de la *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*. Véase, I. Brownlie, *Legal Status of Natural Resources in International Law: Some Aspects*, 162-I RdC (1979), 249-317; N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, 1997, pp. 33-141 y K. Hossain y S.R. Chowdhury (eds.), *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law*, St. Martin's Press, 1984.

²³ Véase, N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, 1997, pp. 173-196.

²⁴ Para un estudio detallado del principio del trato justo y equitativo en el Derecho internacional de las inversiones véase, I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008. En relación con las inversiones para la explotación de los recursos naturales, el enriquecimiento injusto se encuentra entre las situaciones a las que se puede aplicar este parámetro. Relacionado con lo anterior, es interesante la aplicación de la cláusula del trato de la nación más favorecida respecto de las disposiciones sobre arreglo de las diferencias de los tratados bilaterales para la protección de las inversiones. Al respecto véase, S. Vesel, «Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties», *Yale Journal of International Law*, 32, 2007, pp. 125-189 y, por ejemplo, el laudo en el caso *Winthershall Aktiengesellschaft c. República Argentina* (CIADI N.º ARB/04/14), en especial el punto VI, pp. 50-58.

²⁵ En el ámbito de estudio de este trabajo es destacable, aun necesariamente de forma incidental, el derecho de los pueblos indígenas a la tierra y a sus recursos. En este sentido se han de destacar los trabajos monográficos de S. Torrecuadrada García-Lozano, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Dykinson, 2001, en especial pp. 99-131 y 144-155 e igualmente la consideración de la cuestión al hilo del caso particular de Venezuela que se presenta eno *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Biblioteca Nueva, 2010.

mentos la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se basa en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972. El segundo principio de la Declaración de Río proclama el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos naturales conforme a sus políticas ambientales y de desarrollo, unido inseparablemente a su obligación de no causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional²⁶.

Todo Estado tiene derecho a regular el uso de los recursos naturales que estén dentro de su jurisdicción y a aplicar sus políticas ambiental y de desarrollo. No obstante, también los Estados tienen la obligación de conservar y utilizar sus recursos naturales de manera sostenible e incluso de compartir los recursos que no utiliza plenamente con los Estados vecinos y menos favorecidos²⁷, ligadas estas exigencias de Derecho internacional a la obligación de los Estados de proteger su medio ambiente y de evitar daños al medio ambiente de los Estados vecinos. En la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza y el uso de las armas nucleares, de 8 de julio de 1996²⁸, se señala que el principio 2 de la Declaración de Río reafirma una norma de derecho consuetudinario del Derecho internacional del medio ambiente: la obligación general de los Estados de velar por que las actividades que se desarrollen dentro de su jurisdicción y su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas que estén más allá del control nacional²⁹. La obligación de prevención de daños causados por actividades peligrosas forma, pues, parte del Derecho internacional general, como ha recordado recientemente la Corte en el asunto *Pasteras en el río Uruguay*³⁰.

²⁶ Su tenor literal es el siguiente: «De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional». En la Declaración de Río se afirmó el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano con una adición: «y de desarrollo». El principio 2 se refleja, por ejemplo, en la Convención sobre el Cambio Climático y en la Convención sobre la Desertificación. La formulación ‘Estocolmo’ se encuentra en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

²⁷ Parte V Convención de Jamaica de 1982.

²⁸ Opinión consultiva de la CIJ en el as. *Licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares*, de 8 de julio de 1996. También en este sentido se pronuncia la CIJ en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia), sentencia de 25.09.1997 (ICJ Reports 1997), párr. 85. Una formulación elocuente del principio que apela a la solidaridad y el esfuerzo cooperativo en la regulación de la materia se encuentra en la Resolución de 20 de septiembre de 1987 del Instituto de Derecho Internacional adoptada en su sesión celebrada en El Cairo sobre la polución transfronteriza del aire disponible en http://www.idi-iil.org/idiE/navig_chon1983.html.

²⁹ No se ha codificado el régimen de la responsabilidad internacional del Estado por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional. Sobre el tema véase, J. Barboza, «International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by IL and Protection of the Environment», *RdC*, 1994, t. 247, 291; F. Orrego, «La responsabilidad por daño al medio ambiente en el DI», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, v. I, 1997, p. 277.

³⁰ Sentencia de la CIJ en el asunto *Pasteras en el río Uruguay* (Argentina c. Uruguay), de 20.4.2010 (ICJ Reports 2010).

Este principio es relevante porque deja permeada la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales por las normas internacionales de Derecho internacional medioambiental; su mantra: interdependencia ecológica y destino ecológico compartido de las naciones y los pueblos³¹ y cooperación internacional con espíritu de solidaridad³². En este sentido, se reconoce el interés común de la humanidad en la conservación y adecuada gestión de los recursos naturales y, por tanto, el interés legítimo que tiene la comunidad internacional en ocuparse de la protección de valores que, por su carácter, afectan a la comunidad en su conjunto³³.

³¹ Se exige una producción y un consumo sostenibles de los recursos naturales no sólo en interés de los nacionales de ese Estado (ya en el párrafo primero de la Declaración de 1962 acerca de la *Soberanía permanente sobre los recursos* se declara que el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado), sino también de los demás Estados, así como del género humano, incluidas las generaciones futuras. El principio 3 de la Declaración de Río proclama que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. El párrafo 2 de la Declaración de Estocolmo señala que «Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga». El juez Weeramantry en su opinión disidente en el asunto de los *Ensayos nucleares* (Nueva Zelanda c. Francia), sentencia de la CIJ de 22.9.1995, consideró que el principio de la equidad intergeneracional es «an important and rapidly developing principle of contemporary environmental law ... which must inevitably be a concern of this Court». Sobre el particular véase, L.F.E. Goldie, «Reconciling values of distributive equity and management efficiency in the international commons», en R.-J. Dupuy (ed.), *The settlement of disputes on the natural resources*, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1983; R.P. Hiskes, *The human right to a green future. Environmental rights and intergenerational justice*, Cambridge University Press, 2009. También acerca de la vulnerabilidad al cambio climático desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, S. Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, 2009.

³² Según el principio 7 de la Declaración de Río «Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas (...)». El principio de la responsabilidad conjunta y diferenciada se incorpora en la práctica totalidad de instrumentos internacionales medioambientales, por ejemplo, la Convención sobre el Cambio, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, o la Convención sobre la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación. Otro principio relevante es el principio de precaución, que se recoge en casi todos los instrumentos internacionales medioambientales. El principio 15 de la Declaración de Río lo formula así: «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente». Para estas cuestiones véanse a partir del n.º 12 de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* las crónicas de Derecho internacional del medio ambiente elaboradas por R.M. Fernández Egea, A. Torres Camprubí y por mí misma, disponibles en <http://www.reei.org>.

³³ Véase, S. Villalpando, «The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, n.º 2, pp. 387-419.

Uno de los caracteres de la globalización es que las decisiones y acciones que acontecen en una parte del mundo pueden impactar y tener repercusiones en el resto del planeta³⁴ y este estado de cosas, la existencia de valores y bienes comunes y compartidos, implica necesariamente crear sistemas normativos de coordinación y cooperación plurales, participados por Estados y el resto de actores internacionales.

La glo‘c’alización³⁵ medioambiental puede suponer un tránsito de la plena, inalienable y absoluta soberanía sobre los recursos naturales a una soberanía más temperada, restrictiva, relativa o funcional, si se extraen del deber de cooperación todas sus consecuencias normativas, especialmente en el ámbito de la responsabilidad internacional. La localización de los recursos en el ámbito de jurisdicción del Estado, fuera de su alcance jurisdiccional o de forma compartida con otros Estados debe graduar este deber de cooperación, porque no se ha producido una evolución del Derecho internacional que ampare la tutela de los bienes públicos globales como los recursos naturales en normas imperativas, que penetran en los sistemas estatales aun sin el consentimiento del Estado. Como veremos, la regulación del comercio internacional de los recursos naturales de los Estados establece un sistema basado en buena medida en la cooperación de los Estados³⁶. El problema radica en que los recursos que corren más peligro de agotamiento en la actualidad, como la atmósfera y los océanos, son precisamente aquellos para los que no existen mercados.

Los bienes públicos globales generan beneficios que atraviesan el tiempo para suceder en el presente y en el futuro y además de superar los límites del tiempo sus beneficiarios son potencialmente universales³⁷. Estos bienes se caracterizan por la imposibilidad de exclusión –si el bien existe, no es posible evitar su consumo– y la no rivalidad en su consumo –su consumo por un sujeto no disminuye la cantidad del bien disponible para otros sujetos–³⁸.

³⁴ En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo celebrada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, se abordó la cuestión del desarrollo sobre la base de la necesidad y urgencia de establecer nuevas modalidades de cooperación internacional en cuestiones relevantes como la erradicación de la pobreza, el desarrollo social y económico, la protección del medio, la desertificación, el agua, la energía, la salud, la agricultura, la biodiversidad, el empleo, la educación, los océanos, los bosques, las tierras áridas, los pantanos, el calentamiento mundial y la atmósfera.

³⁵ Véase, J. Gupta, «Glocalization: the Precautionary Principle and Public Participation», en D. Freestone y E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law*, Kluwer, 1996, p. 231.

³⁶ No se abordan en este trabajo los derechos de propiedad sobre los recursos naturales cuya regulación depende del Derecho interno, que se ajusta a regímenes diversos, como la accesión o la concesión, por ejemplo. Véase, A. Scott, *The Evolution of Resource Property Rights*, Oxford University Press, 2008.

³⁷ Los valores propugnados como esenciales para las relaciones internacionales del siglo XXI por la Declaración del Milenio (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/55/2 en <http://www.un.org/spanish/milenio/summit.htm>) y los Objetivos de desarrollo del Milenio (en <http://www.undp.org/spanish/mdg/basics.shtml>) basados en esta Declaración se adecúan al concepto de bienes públicos globales.

³⁸ Véase, I. Kaul, I. Grunberg y M.A. Stern (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century, United Nations Program for Development*, Oxford University Press, 1999; I. Kaul, P. Conceicao, K. Le Goulven y R.U. Mendoza (eds.), *Providing Global Public Goods*, Oxford University Press, 2003; J.M. Marín Quemada y J. García-Verdugo, *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, Ariel, Barcelona, 2003; y U. Sankar, «Global Public Goods», *Mandras School of Economics Working Paper*, n.º 28, 2008. En el ámbito de la relación comercio y energía,

Los bienes públicos globales se relacionan intrínsecamente con las normas imperativas de Derecho internacional y las obligaciones *erga omnes*. Existen conflictos respecto de los valores que encarnan estos bienes jurídicos y tampoco es pacífico a qué bienes se extiende la protección del *ius cogens* internacional y las obligaciones *erga omnes*³⁹.

La paz, la justicia, la libertad, la salud, el medio ambiente, el conocimiento, la dignidad humana, la seguridad, el desarrollo sostenible, o incluso el mercado liberalizado de mercancías, servicios y otros derechos y la estabilidad del mercado financiero pueden ser considerados bienes públicos globales. Se trata de bienes puros (conservación de la capa de ozono, biodiversidad del planeta), cuyo coste de provisión no incrementa si aumenta el número de beneficiarios, o impuros (erradicar la pobreza, acceso al agua, garantía de la educación primaria), que aun cuando no satisfacen las características de la imposibilidad de exclusión y no rivalidad en su consumo e incrementarse su coste de provisión cuanto mayor sea el número de destinatarios, son de dominio público por consenso de la comunidad global. Si se atiende a su situación, estos bienes pueden ser locales, nacionales, comunes, regionales o globales. La disparidad de los bienes es notoria y ha de tenerse en cuenta en el diseño de las políticas para su protección.

En el sentido indicado, los recursos naturales son «bienes ambientales» y «bienes esenciales» relevantes para la teoría de los bienes públicos globales. En Derecho internacional, antes de 1945 los recursos naturales no eran objeto de un estudio y una regulación sistemáticos, con excepción de las pesquerías y los ríos internacionales. La proclamación del principio de la soberanía permanente despertó un interés mayor por el Derecho de los recursos naturales. A pesar del desarrollo normativo creciente en la materia, no existe una definición general del término.

Se puede asumir la clásica distinción entre recursos no renovables, recursos de 'stock', como los minerales, y recursos renovables, que se regeneran, como la flora, la fauna, el aire o el agua, si bien esta distinción es un tanto falaz, pues muchos recursos naturales en abstracto renovables (una especie en peligro de extinción) no

E.-U. Petersmann, «Collective Action Problems in Promoting Global Public Goods: The Example of Climate Change Prevention, Energy Security and the WTO», en J. Pauwelyn (ed), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Centre for Trade and Economic Integration, 2010, pp. 209-218.

³⁹ Véase, B. Simma, *From Bilateralism to Community Interests*, *RdC*, 1994, t. 250, pp. 217-384; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Presses universitaires de France, 2005 y «The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, n.º 2, pp. 387-419. Además, P.M. Dupuy, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Pedone, 2003; C. Gutiérrez Espada, «El punto final (¿?) de un largo debate: los 'crímenes internacionales'», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, 11; A. Hoogh, *Obligations 'Erga Omnes' and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer, 1996; N. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations 'Erga Omnes'*, Oxford University Press; Ch. Tams, *Enforcing Obligations 'Erga Omnes' in International Law*, Cambridge University Press, 2005; Ch. Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, *RdC*, 1994, t. 241, pp. 209-240.

son renovables en la práctica y otros no renovables (el carbón, el petróleo, los minerales) pueden ser *de facto* inagotables debido al desarrollo de la tecnología o el juego de los mercados. Todos los recursos son potencialmente agotables. De hecho, en la práctica del GATT de 1994, aunque muy inicialmente la posibilidad de que un Estado adopte o aplique medidas relativas a la conservación de los «recursos naturales agotables» se circunscribió a los recursos fósiles o inertes en situación de escasez, el Órgano de Solución de Diferencias en la interpretación evolutiva de esta excepción ha ampliado su ámbito material a los recursos vivos y, por mor de este razonamiento, ha entendido irrelevante el carácter renovable o no renovable del recurso atendiendo al potencial agotamiento de todos los recursos⁴⁰. La disparidad de los recursos naturales es notoria. Las convenciones internacionales medioambientales regulan recursos naturales de muy distintas características⁴¹; las materias primas son recursos naturales⁴².

No se pueden ofrecer soluciones útiles al problema jurídico de la provisión y conservación de los recursos naturales –que es relevante, actual y prioritario para el individuo, la sociedad civil, el Estado y las instituciones internacionales–, si no se aborda desde una perspectiva amplia, que tenga en cuenta los retos que este objetivo de protección implica para ordenamientos complejos y multinivel como los actuales y que se articule en torno al principio de cooperación internacional para la resolución de problemas de carácter global o con repercusiones extraterritoriales.

3. La indirecta regulación del comercio de los recursos naturales por el Derecho de la OMC

La OMC es la institucionalización de cincuenta años de la práctica observada en el marco del GATT 1947⁴³, que se basó en la negociación multilateral para la reducción de las barreras arancelarias y las restricciones cuantitativas en el comercio internacional de mercancías. Hoy en día se percibe la OMC como un foro plural para la tutela de intereses divergentes más allá de la liberalización del comer-

⁴⁰ Véase el punto 3 de este trabajo.

⁴¹ El Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 se refiere a cualquier componente biótico de los ecosistemas con valor y uso real o potencial para la humanidad. Otros acuerdos internacionales ilustran esta disparidad: el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre, la Convención de Bonn sobre Especies Migratorias, la Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, la Convención de Ramsar sobre los Humedales, el Acuerdo para la Implementación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas del Derecho del Mar en relación a la conservación y gestión de las poblaciones migratorias de peces, la Convención de Londres para la prevención de contaminación marina por depósito de basuras y otras materias, o la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación.

⁴² Véanse los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en el área del comercio internacional y los productos básicos en <http://www.unctad.org>.

⁴³ Véase, por ejemplo, M. Matsushita, T.J. Schoenbaum y P.C. Mavroidis, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2006.

cio y la apertura de los mercados y se espera dé respuesta a una serie de problemas relacionados con el comercio, entre los que se cuentan la tutela de los bienes jurídicos ambientales afectados por las normas comerciales y, por lo que ahora interesa, la protección de los recursos naturales.

A diferencia del preámbulo del antiguo GATT de 1947, la protección del medio ambiente se recoge expresamente en el preámbulo del Acuerdo OMC como uno de sus objetivos⁴⁴. El sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio debe garantizar «la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo». El objetivo del desarrollo sostenible se recoge también en el párrafo 6 de la Declaración de Doha, donde se insiste en el posible refuerzo recíproco de comercio, medio ambiente y desarrollo sostenible⁴⁵.

Al margen de la referencia explícita a los «recursos naturales agotables» en el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994 sobre las «Excepciones generales»⁴⁶, ni este acuerdo ni el resto de los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías de la OMC regulan específicamente el comercio de los recursos naturales⁴⁷. Es preciso determinar en qué medida esta normativa comercial es aplicable y relevante a la luz de las características especiales y propias de los sectores de los recur-

⁴⁴ Otra muestra de esta pequeña apertura a las consideraciones medioambientales es la creación del Comité de Comercio y Medio Ambiente, sin competencia normativa pero importante foro de promoción del consenso en la materia por parte de los miembros de la OMC (Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente adoptada por los Ministros en la reunión del Comité de Negociaciones Comerciales celebrada el 14 de abril de 1994 en Marrakech). Existen numerosos estudios sobre la acomodación de los intereses medioambientales en la normativa comercial de la OMC. Por ser referencias clásicas u ofrecer un análisis bien comprensivo bien particular y preciso respecto de la tensión comercio y medio ambiente recomiendo los trabajos de R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008; E. Brown Weiss y J.H. Jackson (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, Transnational Publishers, 2001; D.C. Esty, *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Institute for International Economic, 1994; L. San Martín Sánchez de Muniaín, *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*, Universidad Pública de Navarra, 2000. También aborda la cuestión el estudio de P. Zapatero, *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, 2003, principalmente en pp. 267 y ss.

⁴⁵ Se puede consultar la información relativa a las negociaciones del Programa de Doha para el Desarrollo en el sitio web de la OMC en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm.

⁴⁶ Véase el punto 4 de este trabajo.

⁴⁷ Las negociaciones comerciales multilaterales desarrolladas entre las Partes Contratantes del GATT de 1947 durante la Ronda Uruguay concluyeron con la adopción el 15 de diciembre de 1993 del *Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales*, que incluye, como anexo, el *Acuerdo por el que se establece la OMC* (Acuerdo OMC). En este Acuerdo, a su vez, aparecen como anexo 1 los acuerdos multilaterales, como anexo 2 el Entendimiento para la solución de las diferencias, como anexo 3 el *Mecanismo de revisión de las políticas comerciales* y como anexo 4 los acuerdos plurilaterales. Los acuerdos multilaterales, jurídicamente vinculante para todos los miembros de la OMC, comprenden los *Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías* (GATT de 1994), el *Acuerdo general sobre el comercio de servicios* (GATS) y el *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* (TRIPS).

tos naturales. En otras palabras, se debe determinar si los «recursos naturales» tienen características singulares que los sitúan fuera del campo de aplicación de las reglas básicas del GATT de 1994 como, por ejemplo, la prohibición de las restricciones cuantitativas a la exportación de productos (artículo XI), así como al margen de la regulación que ofrecen otros acuerdos comerciales multilaterales de la OMC, como el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio o el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

Me referiré en primer lugar a si dadas las particularidades de los recursos naturales es plausible considerarlos productos a los efectos del GATT de 1994 y en segundo lugar analizaré las disposiciones más relevantes del GATT de 1994 y del resto de los acuerdos multilaterales de la OMC susceptibles de ser eventualmente aplicadas al comercio de los recursos naturales⁴⁸.

Respecto a lo primero, es notable que existe un buen número de problemas específicos del mercado de los recursos naturales. Su carácter agotable y desigual distribución geográfica, el impacto de su extracción y consumo en el medio ambiente, la persistente inestabilidad y volatilidad de los precios de las materias primas en los mercados internacionales de los productos básicos, la dependencia de muchos países en desarrollo y países menos adelantados de las exportaciones de productos básicos, o el nuevo concepto de materias primas «estratégicas» son problemas específicos de este mercado, que, por lo demás y en primer lugar, experimenta en términos generales un proceso de expansiva liberalización y apertura debido, entre otros factores, a que el rápido incremento de la demanda de importaciones en las economías emergentes está transformando la dinámica del comercio internacional, y, en segundo lugar, conoce de forma paralela a esta apertura un progresivo aumento de las restricciones a la exportación impuestas para, por ejemplo, garantizar suministros locales de recursos estratégicos y proteger el medio ambiente⁴⁹.

⁴⁸ No me detengo específicamente en este trabajo en el art. II del GATT de 1994 sobre los aranceles a la importación (tampoco en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación) ni en el art. III que recoge la obligación de trato nacional y no discriminación de los productos importados similares o directamente competidores en materia de tributación (ecotasas) y reglamentaciones nacionales sobre su comercialización, que pretende asegurar la igualdad de condiciones de competencia entre productos nacionales e importados.

⁴⁹ Según el Informe sobre el comercio y el desarrollo de 2010 de la UNCTAD, los precios de los productos primarios empezaron a aumentar de nuevo en 2009 y el primer semestre de 2010, sobre todo los metales y minerales, y los productos energéticos, en especial el petróleo crudo, que son los productos más estrechamente vinculados a la producción industrial mundial. Los precios de los productos básicos agrícolas subieron de manera más moderada, aunque los de las materias primas agrícolas aumentaron más de un 50% con respecto a su nivel mínimo. Los precios de todos los grupos de productos básicos durante 2009 y principios de 2010 han estado muy por encima del promedio mantenido en el primer decenio del siglo XXI. El Informe sobre el comercio y el desarrollo, lanzado en 1981, es publicado cada año para la sesión anual de la Junta de Comercio y Desarrollo de la UNCTAD con la finalidad de analizar las tendencias económicas del momento y las principales cuestiones de política de interés internacional. Disponible en <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemIDzz=2508&lang=3>.

La cuestión que subyace a la pregunta sobre si los recursos naturales caen en el ámbito de aplicación de las normas del GATT de 1994 es si los recursos naturales *per se* pueden ser considerados objeto de comercio o si sólo pueden serlo después de su extracción. El test que se aplique tiene importantes consecuencias. En el primer caso, cualquier medida nacional que regule la producción y extracción de los recursos naturales tiene un efecto potencial en el comercio. En este sentido, las restricciones o condicionamientos impuestos a la producción del recurso se podrían equiparar con restricciones a su exportación. En el segundo caso, únicamente los recursos naturales que han sido sometidos a un cierto proceso de producción y convertidos en productos susceptibles de intercambio comercial serían relevantes a los efectos del GATT de 1994 y, así, sólo quedarían sujetas a la disciplina del GATT de 1994 las prohibiciones a la exportación de estos productos⁵⁰.

El Órgano de Solución de Diferencias no se ha pronunciado autoritativamente sobre esta cuestión. En el asunto *Estados Unidos – Madera blanda*⁵¹, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos habían determinado correctamente que los derechos otorgados por Canadá respecto de la extracción de madera constituían un «suministro de bienes» en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y, por tanto, una subvención⁵². En este sentido, los árboles sin talar que en sí mismos no son objeto de comercio ni de clasificación arancelaria no debían quedar excluidos del alcance del término «bienes».

No creo que se pueda inducir de este asunto sin problemas que las normas OMC se aplican a los recursos en su estado natural, pues en este caso lo que se planteaba es cómo la concesión preferente de unos derechos de extracción a precios inferiores a los del mercado podía entenderse una subvención prohibida en la OMC. Si el Derecho OMC se aplica al estadio previo al procesamiento del producto es sólo en la medida necesaria para asegurar que las medidas tomadas en esa fase no afectan a las reglas de competencia en el mercado.

Esta cuestión es conflictiva y es previsible que dados los problemas de abastecimiento nacional y escasez de recursos energéticos se recurra al Órgano de Solución de Diferencias para que interprete cuándo se puede entender que las medidas nacionales relativas a los recursos naturales «afectan» al comercio, espacio donde será determinante el alcance que se otorgue al artículo XX del GATT de 1994 sobre las excepciones generales al cumplimiento del acuerdo. Como desarrollaré más adelante⁵³, este precepto permite una lectura medioambiental de la normativa comercial, pero también puede dar cobertura a medidas de cuestionable alcance ex-

⁵⁰ Véase la discusión sobre este tema en el blog *International Economic Law and Policy Blog* en <http://worldtradelaw.typepad.com/>.

⁵¹ *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá* (DS 257) – Informe del Órgano de Apelación de 19 de enero de 2004, para. 67. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds257_s.htm.

⁵² Véase, G.E. Luengo Hernández de Madrid, *El derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, 2006.

⁵³ Véase el punto 4 de este trabajo.

traterritorial. La paradoja de la soberanía limitada de unos y la soberanía ampliada o presencial de otros. Por lo demás, no es demasiado arriesgado aventurar que en los contenciosos sobre recursos naturales se llegue a invocar el estado de necesidad como causa justificativa del incumplimiento de las obligaciones del GATT de 1994.

En relación ya con la posible aplicación de las reglas básicas del GATT de 1994 y de los otros acuerdos sobre el comercio de mercancías de la OMC a los recursos naturales, es preciso subrayar que las cuestiones relativas a la dependencia de los productos básicos por parte de los países en desarrollo y menos adelantados, la volatilidad de sus precios y, en consecuencia, la inestabilidad del mercado internacional de estos productos fueron consideradas con distinto éxito antes de la Ronda Uruguay que culminó con los Acuerdos de Marrakech y el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio.

Es difícil explicar en el sector de los recursos naturales la aplicación del GATT de 1994 sin una referencia previa al llamado Sistema de Preferencias Generalizado, manifestación del principio hoy recogido en distintas disposiciones del Derecho OMC del trato especial y diferenciado, y sin una alusión a la controvertida regulación del comercio internacional de productos agrícolas. Esto es así porque el mercado de algunos recursos naturales se caracteriza por la fuerte asimetría de los Estados y actores implicados, que debe ser tenida en cuenta al valorar la posible justificación de las políticas nacionales relativas a los recursos naturales, que vulneran la normativa comercial de la OMC.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) creada en 1964 aprobó en su segundo período de sesiones en 1968 el llamado Sistema de Preferencias Generalizado (SPG)⁵⁴ basado en la idea de gravar algunos productos de los países en desarrollo con aranceles preferentes, reducidos o nulos, en los mercados de los países industrializados. Los objetivos de este sistema de concesión de preferencias sin reciprocidad ni discriminación en favor de los países en desarrollo, con inclusión de medidas especiales de reducción arancelaria en beneficio de una gama más amplia de productos procedentes de los países menos adelantados, atendían al aumento de los ingresos de exportación de esos países, la promoción de su industrialización y la mejora de su ritmo de crecimiento económico.

La iniciativa de la UNCTAD fue secundada por el GATT de 1947. En 1964 se incluyó en este acuerdo la Parte IV sobre Comercio y Desarrollo y en 1971 las Partes Contratantes acordaron por un periodo de diez años una excepción al artículo I del Acuerdo relativo a la cláusula de la nación más favorecida, principio fundamental en la regulación del comercio de mercancías⁵⁵, con la finalidad de auto-

⁵⁴ Resolución 21 II), aprobada en el segundo período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Nueva Delhi, 1968).

⁵⁵ La cláusula de la nación más favorecida se recoge en el art. I del GATT de 1994 y es manifestación en el Derecho de la OMC junto a la cláusula de trato nacional del art. III del principio general de no discriminación. Según el art. I del GATT de 1994 «cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será

rizar el régimen del SGP. Posteriormente, las Partes Contratantes decidieron aprobar en 1979 con ocasión de la Ronda de Tokio de negociaciones comerciales multilaterales la conocida como cláusula de habilitación⁵⁶, que estipulaba una exención permanente a la cláusula de la nación más favorecida. Esta «excepción sistémica» se mantiene en el GATT de 1994⁵⁷. El Derecho OMC no sólo mantiene las disposiciones del GATT, sino que incorpora nuevas disposiciones que dispensan un trato especial y diferenciado a los países en desarrollo y menos adelantados como excepción al principio básico de no discriminación⁵⁸.

En cuanto al comercio de productos agrícolas, las condiciones de acceso a los mercados agrícolas y la progresiva eliminación de las ayudas y subvenciones a la agricultura se reguló por primera vez en el Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, que se complementa con el Acuerdos sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que permite a los Estados establecer medidas basadas en motivos de seguridad alimentaria y salubridad animal y vegetal que restringen el comercio de mercancías, para proteger la vida y salud de las personas y animales y vegetales en su territorio⁵⁹. Las restricciones de acceso a los mercados de los países desarrollados, los subsidios nacionales y las subvenciones a la exportación de los productos agrí-

concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado». Impone esta cláusula una obligación de no discriminar entre productos importados, que alcanza a todos los productos similares. Los Estados deben conceder a todos los Estados parte el trato más favorable concedido a cualquier Estado tercero respecto de cualquier producto similar y sin percibir contraprestación alguna a cambio. Véase, M. Matsushita, T.J. Schoenbaum y P.C. Mavroidis, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2006, pp. 201-219 y P.C. Mavroidis, *Trade in Goods. The GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods*, Oxford University Press, 2007, pp. 120-136.

⁵⁶ Decisión de 28 de noviembre de 1979 de las Partes Contratantes (26S/203) titulada «Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo».

⁵⁷ Esto es así en virtud del párrafo 1 (b) (iv) de la parte introductoria del GATT de 1994: este acuerdo incorpora las decisiones de las Partes Contratantes del GATT de 1947. Al carácter «sistémico» de la cláusula se refieren P. Martín Rodríguez y E. Díez Peralta, «Regímenes excepcionales y sectoriales», en L.M. Hinojosa Martínez y Javier Roldán Barbero, *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, 2010, pp. 121-142, en p. 124. Se pueden consultar los trabajos de M. Matsushita, T.J. Schoenbaum y P.C. Mavroidis, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2006, pp. 219-232; P.C. Mavroidis, *Trade in Goods. The GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods*, Oxford University Press, 2007, pp. 137-147; M. Trebilcock y M. Fishbein, «International trade: barriers to trade» en A. Guzmán y A.O Sykes, *Research Handbook in International Economic Law*, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 1-61, en pp. 9-13 y 51-55 y *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*, 2007. Acerca de la incompatibilidad del SPG *plus* de la UE con la cláusula de habilitación véase, L. Bartels y U. Turksen, «The WTO Law and the EC's GSP+ Arrangement», *Journal of World Trade*, vol. 43, 2009, n.º 5, pp. 927-969 y L. Bartels, «The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement», *Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007, n.º 4, pp. 869-886.

⁵⁸ Sobre las distintas manifestaciones del principio del trato especial y diferenciado en general véase, A.D. Mitchell, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, pp. 238-266. Una propuesta de reformulación del principio se puede leer en J.M. Senona, «Negotiating Special and Differential Treatment from Doha to Post-Hong Kong: Can Poor People Still Benefit?», *Journal of World Trade*, vol. 42, 2008, n.º 6, pp. 1041-1064.

⁵⁹ Siempre y cuando estas medidas se adopten conforme a una evaluación del riesgo, cuenten con una contrastada base científica y respeten las exigencias de no discriminación, necesidad y reconoci-

colas son temas abiertos en la agenda de negociaciones del programa *post-Doha* para el Desarrollo, que sobre la base del principio del trato especial y diferenciado a los países en desarrollo y menos adelantados pretende una reforma del Derecho OMC⁶⁰.

Trazado este mapa de referencia en una perspectiva de comercio y desarrollo⁶¹, cabe destacar que en el debate sobre el comercio de los recursos naturales ocupa un lugar preferente la política de exportación.

La probabilidad de que se apliquen restricciones cuantitativas a la exportación e impuestos de exportación es mucho mayor en el sector de los recursos naturales que en el resto de sectores, mientras que la incidencia de los aranceles es menor que en el comercio global de mercancías⁶². En este sentido, las disposiciones del artículo XI relativas a las restricciones de las exportaciones son especialmente pertinentes para algunos de los sectores de recursos naturales⁶³.

El artículo XI del GATT de 1994 titulado «Eliminación general de las restricciones cuantitativas» establece que ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá, al margen de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, prohibiciones ni restricciones a la importación, exportación o venta para la exportación de ningún producto⁶⁴. Este precepto prohíbe cualquier restricción cuantitativa al comercio, incluso, como señaló el Grupo especial en el asunto *Estados Unidos-Petróleo*, las restricciones potenciales⁶⁵. Quedan prohibidos los contingentes, las cuotas, las licencias de importación o exportación y cualesquiera otras barreras como, por

miento mutuo, de modo que se eviten obstáculos encubiertos al comercio. Véanse los arts. 2, 3 y 5 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.

⁶⁰ Véase, W. Martín y K. Anderson (eds.), *Agricultural Trade Reform and the Doha Development Agenda*, 2005; L.M. Hinojosa y T. Fajardo, «Los nuevos problemas del comercio internacional y la Ronda de Doha» y P. Martín Rodríguez y E. Díez Peralta, «Regímenes excepcionales y sectoriales» en L.M. Hinojosa Martínez y Javier Roldán Barbero, *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, 2010, en 214-218 y pp. 132-136, respectivamente. Sobre la nueva arquitectura del sistema internacional de comercio que debería resultar de las negociaciones de Doha se puede consultar el libro de R.P. Buckley (ed.), *The WTO and the Doha Round: The Challenging Face of World Trade*, Kluwer Law International, 2003.

⁶¹ Una lectura crítica del principio del trato especial y diferenciado se encuentra en M. Hart y B. Dymond, «Special and Differential Treatment and the Doha ‘Development’ Round», *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, n.º 2, pp. 395-415.

⁶² Informe sobre el Comercio Mundial de la OMC de 2010 sobre «El comercio de recursos naturales», pp. 165 y ss. Como ya he señalado, no me ocupo en este trabajo ni del art. II del GATT de 1994 sobre los aranceles a la importación ni del art. III que recoge la obligación de trato nacional y no discriminación.

⁶³ La influencia del art. XI en la adopción de medidas nacionales de protección del medio ambiente es patente. Piénsese en las diferencias que versan sobre medidas que prohíben o restringen la importación de bienes producidos o capturados con medios que perjudican el medio ambiente: *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998.

⁶⁴ En las negociaciones de la Ronda de Doha se ha debatido una propuesta relativa a un protocolo sobre la transparencia en el trámite de licencias de exportación. Véase el documento TN/MA/W/15/Add.4/Rev.3.

⁶⁵ *Estados Unidos-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas* – Informe del Grupo especial de 17 de junio de 1987 (IBDD 34S/136), párr. 5.2.2.

ejemplo, las medidas en frontera. Una cuestión ligada al debate sobre la cualificación de los recursos naturales como productos a los efectos del GATT de 1994 es determinar si el artículo XI se aplica a las limitaciones a la producción.

Es importante considerar que a pesar de su alcance «absoluto e incondicional»⁶⁶, el artículo XI contempla dos excepciones a su cumplimiento, que son especialmente importantes en el sector de los recursos naturales. En primer lugar, se permiten las prohibiciones o restricciones a la exportación que se apliquen temporalmente para prevenir una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para el Estado exportador⁶⁷. Cabe entender que la excepción temporal cubre en una acepción amplia los recursos naturales, renovables o no, que discrecionalmente cada Estado considere se encuentran en una situación crítica de abastecimiento –piénsese en el agua-⁶⁸, si bien el Órgano de Solución de Diferencias no se ha pronunciado sobre el particular.

En segundo lugar y respecto de las importaciones, son posibles las restricciones a la importación de los productos agrícolas o pesqueros, cualquiera que sea la forma bajo la que se importa, cuando resulte esta limitación necesaria para bien restringir la cantidad del producto nacional similar o sustituible que pueda ser comercializada (o, también en este caso, producida), bien para eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar o de sustitución, o, finalmente, para restringir la cantidad que se pueda producir de un producto de origen animal cuya producción dependa del producto importado.

Se ha señalado que debido a lo limitado del ámbito de aplicación de las excepciones contempladas en el apartado segundo del artículo XI, que, además, se deben ajustar a la obligación de no discriminación entre los miembros de la OMC según contempla el artículo XIII para los contingentes arancelarios (y a la cláusula de la nación más favorecida del artículo I del GATT de 1994 respecto de los impuestos y otras reglamentaciones a la exportación⁶⁹), la justificación de las medidas con

⁶⁶ R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, p. 60.

⁶⁷ Véase también el art. 12 del Acuerdo sobre la Agricultura que complementa esta excepción, pues se exige al miembro de la OMC que imponga una prohibición o restricción en el sentido del art. XI.2.a) que tome en consideración los efectos de la medida en la seguridad alimentaria de los miembros importadores, la notifique en el menor tiempo posible al Comité de Agricultura y celebre consultas cuando se soliciten con los miembros que tengan un interés sustancial como importador.

⁶⁸ E.J. de Han, «Balancing free trade in water and the protection of water resources in GATT», en E.H.J. Brans, E.J. de Han, A. Nollkaemper y J. Rinzema (eds), *The Scarcity of Water: Emerging Legal and Policy Responses*, Kluwer Law International, 1997, pp. 245-259.

⁶⁹ Cuando la vulneración de la cláusula de la nación más favorecida ha sido alegada en una controversia comercial, no ha llegado a ser objeto de análisis por el Órgano de Solución de Diferencias en virtud del principio de economía procesal, pues había sido previamente determinada la violación del Derecho OMC, en concreto del art. XI sobre la «Eliminación general de las restricciones cuantitativas» [*Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Grupo especial de 15 de mayo de 1998 (DS58), páras. 7.22 y 7.23] o del art. III sobre el «Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores» [*Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* – Informe del Grupo especial de 29 de enero de 1996 (DS2), para 6.19]. En todo caso, el art. I del GATT de 1994 es importante para el comercio de recursos naturales. Los miembros de la OMC no pueden gravar sus exportaciones de recursos naturales

finalidad medioambiental, que afecta en un buen número de casos a los recursos naturales, se suscitará generalmente sobre la base de las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994⁷⁰.

También en relación con el GATT de 1994 es importante destacar la importancia de su artículo V, que obliga a los Estados miembros de la OMC a garantizar la libertad de tránsito por su territorio. De arranque parece que este precepto es esencial para asegurar el abastecimiento internacional de materias primas. Ahora bien, es controvertido el alcance de esta disposición y su traslación al tránsito de recursos naturales, en especial, al tránsito del gas. En este sentido, se cuestiona si este precepto se aplica sólo a los modos de transportes móviles o igualmente al transporte a través de infraestructuras e instalaciones fijas. La importancia de las normas de tránsito para el comercio de productos relacionados con la energía, en particular el petróleo y el gas, ha contribuido a enfatizar la importancia del artículo V del GATT en la OMC durante las negociaciones de la Ronda de Doha. El alcance del artículo V se está examinando también en negociaciones de adhesión a la OMC: Algeria, Libia, Rusia, Irán ...⁷¹.

Otros acuerdos comerciales multilaterales de la OMC distintos al GATT de 1994 pueden tener incidencia en el comercio de los recursos naturales. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio tiene por finalidad la eliminación de los requisitos técnicos relativos a la comercialización de los productos. Se aplica cuando la medida en causa determina las características de un producto o los procesos y métodos de producción. En este sentido, los miembros de la OMC no sólo quedan sujetos a la obligación de no proteger la producción nacional, sino que no pueden adoptar o aplicar reglamentaciones técnicas cuyo objeto o efecto sea crear obstáculos innecesarios al comercio internacional; su alcance es mayor que el del GATT de 1994⁷². Además, las reglamentaciones técnicas deben ser conformes a los estándares internacionales existentes en la materia. En el preámbulo del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio la protección del medio ambiente aparece como uno de sus fines y en el artículo 2.2 se caracteriza como objetivo legítimo que justifica la adopción de medidas contrarias a las disposiciones comerciales de esta normativa. La adopción de obstáculos para preservar el medio ambiente no se entiende contraria a este Acuerdo, salvo cuando resultan más restrictivos de lo necesario. Piénsese respecto del comercio de recursos naturales en el etiquetado ecoló-

a otros miembros con impuestos más elevados que los aplicados a terceros Estados. Además, el art. I se aplica también a los miembros que sean consumidores, esto es, importadores de recursos naturales.

⁷⁰ R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, p. 71. Sobre la lectura que del art. XX del GATT de 1994 ha hecho el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC véase el punto siguiente de este trabajo.

⁷¹ Véase, M. Cossy, «Energy Transport and Transit in the WTO», en J. Pauwelyn (ed), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Centre for Trade and Economic Integration, 2010, pp. 113-122.

⁷² Sobre la relación entre estos acuerdos véase, G. Marceau y J.P. Trachtman, «The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods», *Journal of World Trade*, vol. 36, 2002, n.º 5, pp. 811-881.

gico de los productos, que proporcionan información al consumidor sobre el impacto del producto en el medio ambiente y en el desarrollo sostenible.

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias es un desarrollo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, que contiene una excepción a las restricciones comerciales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales⁷³. Es aplicable a los obstáculos al comercio impuestos por razones relativas a la salud de las personas o salubridad de los animales. Las medidas basadas en motivos sanitarios y fitosanitarios son amparadas por este acuerdo siempre que no sean discriminatorias, se adopten conforme a una evaluación del riesgo, se apoyen en una base científica y no sean más restrictivas de lo necesario para alcanzar su objetivo. Las medidas sanitarias y fitosanitarias se deben basar en las normas internacionales existentes en la materia. En el sector de los recursos naturales, este acuerdo permite a los Estados restringir o prohibir la importación de ciertos productos de recursos naturales sin contravenir sus obligaciones en la OMC. Se puede ilustrar esta situación con el ejemplo de las especies invasoras.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ha permitido sobre la base del artículo 8.2.c) las subvenciones de carácter ambiental para adaptar las instalaciones existentes a las nuevas exigencias ambientales⁷⁴. Este acuerdo puede incidir en el comercio de recursos naturales en la medida en que, por ejemplo, los Estados condicionen el acceso a los recursos naturales a un compromiso de reducción de las externalidades negativas. Como he apuntado anteriormente, en el asunto *Estados Unidos – Madera blanda*⁷⁵, el Órgano de Apelación confirmó que los Estados Unidos habían estimado correctamente que los derechos otorgados por Canadá respecto de la extracción de madera constituían una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias⁷⁶. Ocupa un lugar importante en las negociaciones de la Ronda de Doha la reforma de este acuerdo, para regular específicamente las subvenciones a la pesca, susceptibles de generar un exceso nocivo de capacidad o de esfuerzo pesquero⁷⁷.

⁷³ Véase la nota anterior.

⁷⁴ Se autorizó de forma transitoria hasta el 31 de diciembre de 1999. Se ha propuesto que se vuelva a introducir esta disposición para acoger algunas subvenciones ambientales, como las destinadas a la energía renovable o a las actividades de mitigación y adaptación al cambio climático. Véase el Informe del comercio mundial de la OMC de 2010 y G. Marceau, «The WTO in the Emerging Energy Governance Debate», *Global Trade and Customs Journal*, vol. 5, 2010, n.º 3, pp. 83-93.

⁷⁵ *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá* (DS 257) – Informe del Órgano de Apelación de 19 de enero de 2004, para. 67. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds257_s.htm.

⁷⁶ Véase, G.E. Luengo Hernández de Madrid, *El derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, 2006.

⁷⁷ Véase el estado de las negociaciones en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/rulesneg_s/fish_s/fish_s.htm. En el documento TN/RL/W/213 de 30 de noviembre de 2007 se recoge una propuesta de Anexo VIII a este acuerdo con una disciplina particular en el sector de las pesquerías, al regular muy ampliamente el objeto de las subvenciones prohibidas, más allá del criterio de su efecto de distorsión

La política comercial en el sector de los recursos naturales no afecta únicamente al mercado del recurso en sí mismo considerado, sino que está íntimamente relacionada con el comercio de aquellos servicios que implican actividades de explotación o producción de recursos naturales. Igualmente, se encuentra vinculada a los derechos de propiedad intelectual que protegen las actividades y productos de la innovación y la invención tecnológicas, que pueden contribuir a mejorar la conservación y la eficiente explotación y comercialización de los recursos naturales. Destaco ahora simplemente que todo servicio relacionado con los recursos naturales está sujeto al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, salvo que se preste en ejercicio de poder público⁷⁸. No es evidente la identificación de una actividad como servicio o producción de un bien. Ninguna disposición del acuerdo se refiere específicamente a los recursos naturales y su aplicación dependerá en buena medida de los compromisos individuales asumidos por los miembros de la OMC⁷⁹.

Por último, el Derecho OMC no regula las inversiones salvo en lo que respecta a los servicios prestados conforme al modo de suministro de «presencia comercial» del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC y en 2004 se decidió que la relación entre comercio e inversiones dejaría de formar parte del Programa de Trabajo de Doha⁸⁰. Las licencias de exploración y extracción de los recursos naturales se conceden a través de los tratados bilaterales de inversión, que son especialmente relevantes en este mercado y, de forma particular, en relación con los minerales y los recursos energéticos⁸¹. Estos tratados disponen que se debe

en el comercio. Véase, F. Asche y M.D. Smith, «Trade and Fisheries: Key Issues for the World Trade Organization», Staff Working Paper ERSD-2010-03, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, enero de 2010.

⁷⁸ En la práctica, las actividades relacionadas con los recursos naturales (por ejemplo, la exploración, la explotación, la consultoría, la descontaminación, la evaluación de los efectos ambientales y la distribución del agua) pueden estar sujetas a diferentes tipos de relación contractual entre una autoridad pública y un proveedor privado, entre los que cabría citar los contratos de concesión, de construcción, explotación y transferencia o de gestión. Estas transacciones quedan al margen de las disciplinas pertinentes cuando puede considerarse que constituyen una forma de contratación pública, aunque pueden estar sujetas al ACP en el caso de los signatarios de este Acuerdo. Sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios se pueden consultar los trabajos de A. Segura Serrano, «El comercio internacional de servicios», en L.M. Hinojosa Martínez y Javier Roldán Barbero, *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, 2010, pp. 143-162 y M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Tecnos, 1996.

⁷⁹ El Informe sobre el comercio mundial 2010 de la OMC señala que en el sector de la energía únicamente las listas de dieciocho miembros recogen compromisos sobre los servicios relacionados con la distribución de la electricidad y doce sobre el transporte por tuberías. Los servicios de transporte de energía no se han incluido en las negociaciones sobre acceso a los mercados de la Ronda de Doha.

⁸⁰ Véase el Doc. TN/RL/W/213 de la OMC.

⁸¹ En general véase P. Muchlinski, F. Ortino y Ch. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008; T. Dolzer y Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008. Un interesante estudio sobre un asunto de gran trascendencia y relevancia actual, la posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de los acuerdos bilaterales de promoción y protección de las inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión con terceros (y entre sí), se encuentra en J. Díez-Hochleitner,

otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad jurídica y un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a las inversiones de empresas o nacionales de cualquiera de las partes o de terceros Estados. Por regla general estos tratados prevén que las inversiones no podrán ser objeto de expropiación o nacionalización ni estar sujetas a otras medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo por causa de utilidad pública o contra el pago de una indemnización equivalente al valor de la inversión antes de la expropiación.

4. La ponderación de intereses «libre comercio v. conservación de recursos naturales» en sede judicial: el unilateralismo medioambiental permitido en la OMC

El artículo XX del GATT de 1994 sobre las «Excepciones generales» autoriza a los miembros de la OMC a adoptar o mantener medidas contrarias a la normativa comercial con la finalidad de proteger determinados intereses generales. En concreto, se contempla en el apartado g) de este precepto la adopción de estas medidas cuando sean «relativas a la conservación de los recursos naturales agotables». Aun cuando otros apartados de esta disposición pueden ser relevantes en el comercio de los recursos naturales⁸², este trabajo se ocupa sólo de la excepción contemplada específicamente para la protección de estos bienes, que, por lo demás, ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Órgano de Solución de Diferencias y puede su interpretación iluminar en qué sentido es plausible que se resuelvan los conflictos futuros sobre la liberalización y apertura de los mercados de recursos naturales y su protección.

Las excepciones generales contenidas en el artículo XX del GATT de 1994 son un elemento esencial para lograr un equilibrio ajustado entre el libre comercio y otras políticas como la protección de los recursos naturales. Para alcanzar este equilibrio, el texto de los Acuerdos OMC no ofrece pautas normativas suficientes. Este margen de apreciación tan amplio permite decidir en sede judicial algunas cuestiones políticas esenciales como, por ejemplo, si para la protección de los bienes globales se pueden poner en pie medidas unilaterales restrictivas del libre comercio y acceso al mercado⁸³.

Dado que el Derecho de la OMC se desarrolla en gran medida a través de los «precedentes» que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC establece

«El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010, n.º 33, pp. 5-43.

⁸² Así, bajo determinadas condiciones el apartado h) permite justificar las medidas contrarias al GATT de 1994 adoptadas en cumplimiento de un acuerdo internacional sobre un producto básico, el apartado i) contempla las medidas que implican restricciones a la exportación de materias primas nacionales y el apartado j) se refiere a las medidas esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local.

⁸³ P. Eeckhout, «The Scales of Trade – Reflections on the Growth and Functions of the WTO Adjudicative Branch», *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, n.º 1, pp. 3-26.

respecto del buen número de cuestiones políticas que dejan sin resolver los Acuerdos OMC, el mantenimiento y el incremento de las medidas comerciales restrictivas de la comercialización de los recursos naturales dependerá en un futuro de cuan amplia la interpretación de su protección sea sobre la base del artículo XX del GATT 1994.

En las líneas que siguen haré, en primer lugar, algunas consideraciones sobre la naturaleza del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y, en segundo lugar, apuntaré cómo en lo que concierne a los recursos naturales ha sido interpretado el artículo XX del GATT de 1994.

Por lo que se refiere al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, supuso el fortalecimiento del conjunto de obligaciones jurídicas sobre las que se apoyaba el régimen del GATT de 1947, debido primordialmente a su naturaleza cuasi-jurisdiccional y obligatoria para la solución de las diferencias comerciales⁸⁴.

Hay elementos que permiten calificar el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC como un sistema normativamente orientado, presidido por la observancia de normas jurídicas, en el que se ha encumbrado la adopción de decisiones judicializadas como punto final de un procedimiento y razonamiento jurídicos conformes a Derecho⁸⁵. Contribuye a esta «judicialización» el establecimiento de un Órgano de Apelación⁸⁶ que conoce de los recursos interpuestos por las partes en la diferencia –con exclusión de los terceros– sobre las cuestiones de Derecho tratadas en el informe del grupo especial en primera instancia y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

Se pueden dar casos difíciles para cuya resolución no hay respuesta explícita en el derecho preestablecido. El Sistema para la Solución de Diferencias puede operar como un mecanismo en sí de carácter legislativo y de gobierno⁸⁷. Se ha criticado el ejercicio de poder decisorio y no meramente de adjudicación por parte de los grupos especiales y el Órgano de Apelación.

⁸⁴ En el anexo 2 del Acuerdo OMC se recoge el Entendimiento para la solución de las diferencias comerciales, que regula un mecanismo exclusivo (art. 23 del Entendimiento) para la resolución de las diferencias que surjan en relación con los acuerdos contemplados en su Apéndice 1 (acuerdos de los anexos 1 y 4 al Acuerdo OMC).

⁸⁵ Entre los trabajos más recientes sobre el Sistema de Solución de Diferencias se pueden destacar las contribuciones de C. López-Jurado Romero de la Cruz, «La solución de diferencias en la OMC» en L.M. Hinojosa Martínez y J. Roldán Barbero, *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, 2010, 187-207; B. Mercurio, «Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review – Making it Work?», *Journal of World Trade*, vol. 38, 2004, n.º 5, pp. 795-855; Y. Guohua, B. Mercurio y L. Yongjie, *WTO Dispute Settlement Understanding. A Detailed Interpretation*, Kluwer Law International, 2005; M. Matsushita, T.J. Schoenbaum y P.C. Mavroidis, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2006, pp. 77-95; F. Ortino y E.-U. Petersmann, *The WTO Dispute Settlement*, Kluwer, 2003. En relación con las medidas de compensación y represalia comercial previstas para promover y forzar el cumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias véase, Ch. Brown y J. Pauwelyn, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010.

⁸⁶ Véase el art. 17 del Entendimiento.

⁸⁷ J.P. Trachtman, «The Domain of WTO Dispute Resolution», *Harvard International Law Journal*, vol. 40, 1999, n.º 2, pp. 333-377.

Es importante para la resolución de las diferencias comerciales en las que se plantea la justificación de medidas contrarias al Derecho OMC relativas a la conservación de los recursos naturales la consideración del Derecho internacional como parámetro interpretativo. El artículo 3 del Entendimiento prevé que el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC sirve no sólo para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los «acuerdos abarcados», sino también para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público, lo que verifica la sujeción en la interpretación del Derecho OMC a las reglas de la Convención de Viena.

La referencia al Derecho internacional público legitima el procedimiento de solución de diferencias de la OMC en la medida en que estas normas internacionales son observadas con carácter general, pero además porque se introducen otras variables como, por ejemplo, el hecho de que, a la hora de interpretar un tratado, «por mor» del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, el contexto comprenderá «toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Esto obliga a considerar otras normas jurídicas ajenas al Derecho OMC en su interpretación, reglas jurídicas que tal vez pueden llegar a priorizar unos valores distintos a la liberalización del comercio.

En cuanto a la interpretación del artículo XX del GATT de 1994 en el contexto de la protección de los recursos naturales, cabe subrayar preliminarmente que son muchas las limitaciones de la OMC para aplicar como normas de conflicto el Derecho internacional medioambiental de naturaleza convencional o consuetudinaria y que es una cuestión controvertida no resuelta definitivamente⁸⁸. En esta confrontación de intereses, las ambigüedades normativas que rezuman el texto de los Acuerdos OMC han sido con distinto acierto paliadas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC especialmente a través de la interpretación evolutiva del artículo XX del GATT de 1994, que admite excepcionalmente la adopción de medidas que supongan un obstáculo a la importación o exportación de determinados productos o dispensen un trato más favorable a la producción nacional frente a los bienes importados cuando resulte necesario para salvaguardar ciertos objetivos legítimos de carácter no co-

⁸⁸ Sobre el Derecho aplicable por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y su jurisdicción véase, X. Fernández Pons, *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, 2006; J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003 y «How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits», *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, n.º 6, pp. 997-1030; J.P. Trachtman, «The Domain of WTO Dispute Resolution», *Harvard International Law Journal*, vol. 40, 1999, pp. 333-377; I. Van Damme, «Jurisdiction, applicable law, and interpretation», en D. Bethlehem, D. McRae, D. Neufel e I. Van Damme (eds), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 298-343; y P. Zapatero, *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, 2003, en especial los capítulos II, III y VII. En relación con la concurrencia y conflicto entre normas y obligaciones en general véase, A. Remiro Brotons, R. Riquelme Cortado, E. Orihuela Calatayud, J. Díez-Hochleitner y L. Pérez-Prat Durbán, *Derecho internacional. Curso general*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 387-395.

mercial y, en este sentido y tal como contempla el apartado g) del precepto, sean medidas relativas a la conservación de los «recursos naturales agotables».

El alcance del artículo XX es muy amplio⁸⁹, pues permite justificar la violación de cualquier obligación dimanante del GATT de 1994, incluidos los principios básicos del sistema multilateral de comercio, esto es, el principio de no discriminación y la obligación de eliminar con carácter general las restricciones cuantitativas. En este sentido, el artículo XX confiere derechos a los miembros de la OMC⁹⁰, cuyo ejercicio queda supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones y a la observancia del límite o contención general de la parte introductoria o preámbulo del artículo XX, conocida como *chapeau*, que es una expresión del principio de buena fe del Derecho internacional general⁹¹. La excepción no ampara un ejercicio abusivo e irrazonable de los derechos reconocidos a los miembros de la OMC, para tutelar bienes de interés público y, así, quedan prohibidas las discriminaciones arbitrarias, las discriminaciones injustificables y las restricciones encubiertas.

Una reglamentación nacional relativa a la conservación de los recursos naturales se puede justificar si satisface un doble análisis, cuya secuencia lógica y temporal es el cumplimiento *prima facie* de los requisitos de la excepción específica del apartado g) –para determinar el interés general cuya preservación está en causa– y la comprobación posterior de que no ha habido un uso indebido o abuso, una aplicación incorrecta, de la excepción⁹². Se atiende primero al diseño y contenido de la medida y después a su aplicación. Sólo podrán justificarse conforme a esta excepción las medidas nacionales *relativas* a la conservación de los recursos naturales, es decir, aquellas que guarden una relación razonable, estrecha y real con

⁸⁹ Véase el completo trabajo de R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, pp. 131-217. Además son recomendables los trabajos de L. Briggs, «Conserving 'Exhaustible Natural Resources': The Role of Precedent in the GATT Article XX(g) Exception», en E. Brown Weiss y J.H. Jackson (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, Transnational Publishers, Inc., 2001, pp. 261-292; D.M. McRae, «GATT Article XX and the WTO Appellate Body», en M. Bronckers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, 2000; y K. Urakami, «Unsolved Problems and Implications for the Chapeau of GATT Article XX», en E. Brown Weiss y J.H. Jackson (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, Transnational Publishers, Inc., 2001, pp. 167-184. El artículo XX ha sido invocado en todas las diferencias comerciales con implicaciones ambientales de interés para este trabajo.

⁹⁰ *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, párr. 156.

⁹¹ *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, párr. 158. Sobre el *chapeau* como expresión del principio de buena fe véase, A.D. Mitchell, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, pp. 140 y ss. Sobre la ligera revisión que el pronunciamiento del Órgano de Apelación de 3 de diciembre de 2007 en el as. *Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados* opera respecto del distinto grado de deferencia a los ordenamientos de los Estados miembros según el objetivo que se persiga al amparo del art. XX del GATT de 1994 véase, A. Davies, «Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the 'New' Approach in *Brazil-Tyres*», *Journal of World Trade*, vol. 43, 2009, n.º 3, pp. 507-539.

⁹² *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, paras. 119 y 120.

el objetivo de la conservación⁹³, que además se apliquen conjuntamente a la producción o al consumo nacional, esto es, que cumplan con el requisito de la no discriminación formal⁹⁴, y respeten el principio de buena fe del *chapeau*. Sólo las medidas adecuadas al objetivo de la conservación de los recursos naturales y proporcionales al efecto satisfacen el doble estándar del artículo XX.

Respecto del ámbito material de la excepción del artículo XX g) del GATT de 1994⁹⁵, aunque inicialmente prevista para la conservación de los recursos fósiles en situación de escasez, en el asunto *Estados Unidos – Gasolina* se consideró que el aire puro era un recurso natural agotable en el sentido de esta excepción, pues resultaba agotable por contaminantes como los emitidos en el consumo de gasolina⁹⁶. En consecuencia, el ámbito ‘natural’ de aplicación del precepto es el de las medidas para la protección de bienes comunes, medidas adoptadas para, por ejemplo, reducir el efecto invernadero, proteger la capa de ozono, garantizar el suministro de agua potable, etc. También los recursos vivos se han estimado «recursos naturales agotables»⁹⁷, siendo sólo exigible demostrar su explotación abusiva y no su situación de práctica extinción⁹⁸.

El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Camarones* reafirmó que la expresión recursos naturales agotables abarca los recursos vivos e insistió en la naturaleza evolutiva del precepto a la luz de la referencia en el preámbulo del Acuerdo OMC al desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente⁹⁹. Se ha señalado que la situación de peligro de agotamiento de los recursos y la urgencia de la intervención se deben interpretar conforme al principio de precaución, de forma que los Estados se adelanten en la adopción de medidas para evitar la causación de daños irreversibles¹⁰⁰.

⁹³ *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, párr. 136. El requisito se ha flexibilizado respecto del test aplicado anteriormente que exigía que la medida estuviera destinada principalmente a la conservación, para lo que se exigía un vínculo directo entre la medida y el objetivo perseguido. Por ejemplo, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* – Informe del Órgano de Apelación de 29 de abril de 1996, párr. 6.39. Con todo, deben satisfacerse igualmente las condiciones del preámbulo del art. XX.

⁹⁴ *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, paras. 144 y 145.

⁹⁵ R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, pp. 142 y ss.

⁹⁶ Véase, V.H. Imperiale, «Characterizing Air as an Exhaustible Natural Resource», en E. Brown Weiss y J.H. Jackson (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, Transnational Publishers, 2001, pp. 243-260.

⁹⁷ *Estados Unidos – Prohibición a las importaciones del atún y productos derivados del atún procedentes de Canadá* – Informe de 22 de febrero de 1982, párr. 4.9; *Canadá – Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar* – Informe de 22 de marzo de 1988, párr. 4.4

⁹⁸ *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* – Informe distribuido el 16 de junio de 1994.

⁹⁹ *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, paras. 130 y 131.

¹⁰⁰ R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, p. 146.

Una cuestión con trascendencia en este trabajo que ensaya una lectura de los recursos naturales desde la perspectiva de la teoría de los bienes públicos globales y la soberanía del Estado en búsqueda de redefinición por los embates de la globalización es la relativa al ámbito territorial de aplicación de las medidas cubiertas por el artículo XX g) y, en particular, si se sustentan medidas extraterritoriales unilaterales sobre la base de esta cláusula de escape al cumplimiento de la normativa comercial¹⁰¹. En otros términos, se debe determinar si es posible invocar esta excepción para justificar medidas cuya finalidad es proteger recursos situados fuera de la jurisdicción del Estado.

El GATT de 1994 no prohíbe *per se* e incondicionalmente las medidas unilaterales. En este sentido, condicionar el acceso al mercado a que el país exportador cumpla o adopte los estándares prescritos unilateralmente por el Estado importador es un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones del artículo XX. Los párrafos a) a j) incluyen medidas que están reconocidas como excepciones a obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994, porque se ha reconocido un carácter importante y legítimo a la política interna implícita en esas medidas.

Cuando se trata de bienes que no están situados en la jurisdicción del Estado que adopta las medidas unilaterales, los escenarios pueden ser distintos. Respecto de los bienes comunes, el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Camarones*, tras comprobar que las tortugas marinas, recurso natural que pretendía conservar Estados Unidos, son animales migratorios que atraviesan las aguas jurisdiccionales de Estados Unidos, admitió que existía un «vínculo suficiente entre las poblaciones migratorias y marinas amenazadas del caso y los Estados Unidos a los efectos del párrafo g) del artículo XX»¹⁰². Será determinante cómo en las sucesivas confrontaciones de intereses se interprete este «vínculo suficiente», pues si de este nexo se hace una *conditio sine qua non* para que prospere la invocación de la excepción se limita la discrecionalidad legislativa de los Estados en mayor medida que si se contempla como una condición suficiente.

Bien pudiera interpretarse el pronunciamiento del Órgano de Apelación para justificar igualmente medidas cuya finalidad es la protección no sólo de bienes

¹⁰¹ Destaco sobre el particular dos excelentes trabajos: R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, 237-251 y H. Horn y P.C. Mavroidis, «The Permissible Reach of National Environmental Policies», *Journal of World Trade*, vol. 42, 2008, n.º 6, pp. 1107-1178. Otros trabajos anteriores sobre las medidas comerciales extraterritoriales unilaterales se encuentran en L. Bartels, «Article XX of GATT and the problem of extraterritorial jurisdiction», *Journal of World Trade*, vol. 36, 2002, n.º 2, pp. 353-404; L. Boisson de Chazourmes, «The Use of Unilateral Trade Measures to Protect the Environment», en A. Kiss, D. Shelton y K. Ishibashi (eds.), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, Kluwer Law International, 2003, pp. 181-191; y E.-U. Petersmann, «Clarification and Development of GATT/WTO Law through the GATT/WTO Dispute Settlement System: The Case Law on Trade-Related Environmental Measures», capítulo 3 de su trabajo *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, 1997, pp. 92-134

¹⁰² *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, párr. 132.

comunes situados en un ámbito de jurisdicción compartida, sino de bienes globales, que se encuentran en espacios no sometidos a la jurisdicción de los Estados. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿también quedarían cubiertas medidas relativas a la conservación de los recursos naturales situados en el territorio de otro Estado?. Aun cuando el artículo XX del GATT de 1994 podría dar cobertura a este tipo de reglamentaciones toda vez que cumplieran el doble test indicado, no se puede dar una respuesta válida sin tener en cuenta las reglas y títulos del Derecho internacional que justifican el ejercicio de las competencias extraterritoriales. Parece que hay importantes razones para sostener que en el estado de evolución del Derecho internacional y de la teoría de los bienes públicos globales, en ausencia del reconocimiento del principio de justicia universal respecto de los bienes ambientales, las soluciones han de apoyarse en el principio de cooperación internacional y la adopción de instrumentos internacionales que normativicen y den contenido a este principio.

5. Conclusión: límites consentidos a la soberanía sobre los recursos naturales, solidaridad y cooperación internacional

Las características distintivas y únicas de los recursos naturales no tienen expresión ni reflejo normativo en el Derecho de la OMC. Son muchos los interrogantes que suscita la aplicación a los recursos naturales de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la OMC sobre mercancías, servicios y propiedad intelectual. En la medida en que los mercados de abastecimiento e importación de recursos naturales se caracterizan por la fuerte asimetría de los Estados y operadores económicos privados que los sustentan, es plausible que en este ámbito se genere una fuerte confrontación internacional de intereses. Que prime la liberalización del comercio o las políticas nacionales de conservación de estos recursos dependerá en buena parte de cómo el Órgano de Solución de Diferencias dote de contenido a las cláusulas de escape del cumplimiento de la normativa comercial, que permiten justificar medidas que persiguen la tutela del interés general. El ejercicio de la jurisdicción del Órgano de Solución de Diferencias no debe aislarse del Derecho internacional general. La evolución de las normas del Derecho internacional, tensionadas por la creciente mundialización e interdependencia, ha de permear el fallo del Órgano de Solución de Diferencias respecto de al menos dos cuestiones: la naturaleza del bien jurídico que se debe proteger y, eventualmente, su consideración por la comunidad internacional como bien de interés general, un bien público global, y, ligado con lo anterior, los títulos habilitadores de la competencia extraterritorial. *De lege ferenda* se puede sostener como un argumento fuerte que la dialéctica soberanía-bienes jurídicos globales se ha de presentar como un juego de suma cero, cuanto mayor es la naturaleza global del bien, menos soberanía, más cooperación, más solidaridad internacional. *De lege lata* debe proveerse de contenido normativo a estos principios de cooperación y solidaridad, puesto que, de lo contrario, se pueden esgrimir en sentido unidireccional e inequitativo.