

**LA AXIOMÁTICA INTERACCIÓN
ENTRE LOS ACUERDOS MULTILATERALES
MEDIOAMBIENTALES
Y LAS REGULACIONES DEL SISTEMA
DE LIBRE COMERCIO**

M.Sc. Vanessa Retana

SUMARIO:

- I. El contexto de un conflicto de dimensiones crecientes
 - A. La precariedad de la gestión gubernamental como fundamento del libre comercio
 - B. Las reservas a los principios de trato igualitario y de prohibición de la discriminación en la OMC: la oportunidad contingente de introducir regulaciones ambientales inconsistentes con el sistema
- II. La evolución de la interacción en el foro de la OMC: un acuerdo político débil y difuso
 - A. Doha: un mandato restringido
 - B. El fundamento de las restricciones comerciales en los AMUMAs
- III. La sugerente evolución de las decisiones de los paneles de solución de diferencias
 - A. La resolución de los casos relativos a la protección a ciertas especies animales: la reticencia hacia la aceptación de las medidas comerciales unilaterales
 - 1. El Caso Atún-Delfines: El problema de la discriminación unilateral fundamentada en el proceso de producción
 - 2. Caso Estados Unidos-Camarones: la aceptación de una medida unilateral gubernamental destinada a proteger una especie animal
 - 3. Caso Camarón-Tortugas: ¿La reversión concluyente de la jurisprudencia?
 - B. El escrutinio de las medidas gubernamentales de protección a la salud
- IV. La consolidación internacional del principio precautorio
 - A. El caso comunidades europeas/hormonas: la apatía de la OMC por el principio precautorio

Conclusiones

I. EL CONTEXTO DE UN CONFLICTO DE DIMENSIONES CRECIENTES

La relación entre los acuerdos multilaterales medioambientales (AMUMAs) y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) y sus acuerdos conexos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁽¹⁾ ha despertado interés, incertidumbre e inquietud. Existen numerosos acuerdos comerciales regionales o bilaterales que pueden también ser discutidos, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), sin embargo, la mayoría de los principios fundamentales se encuentran en el contexto de la OMC. Entre los principales cuestionamientos que se suscitan se encuentran los efectos de las regulaciones del libre comercio en el ambiente, así como la eventual imposición de restricciones encubiertas al comercio internacional, disfrazadas de medidas ambientales.⁽²⁾ Sendas políticas, las comerciales y las ambientales, inciden en el aprovechamiento de recursos naturales, no es entonces motivo de asombro que interactúen.

A la pregunta de qué constituye puntualmente un conflicto en este ámbito, se ha señalado que tal no existe a menos que haya un tratado que requiera un accionar determinado que sea prohibido por otro instrumento o que este último demande justamente proceder en sentido inverso.⁽³⁾ La incompatibilidad surge cuando una Parte ratifi-

(1) La OMC es la institucionalización del GATT que se logró gracias a los Acuerdos de Marrakech de 1994. El GATT es actualmente un Anexo, en conjunto con el resto de acuerdos negociados.

(2) Estas disposiciones, en opinión de algunos analistas, con frecuencia no reciben la debida atención en los procesos de negociación. Sobre el tema, Amy ANGEL señala que “la proliferación de las medidas no-arancelarias condiciona la efectividad de los acuerdos comerciales, sobretudo en la distribución de beneficios, ya que presentar desafíos difíciles de superar para los países en desarrollo”, en “Sobre Tratados y Tratamientos: Más Allá del Acceso Arancelario”, en *Puentes: Entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible*, Heredia, CINPE, Volumen V, No. 2, Marzo-Abril 2004, pp. 4, 6.

(3) BRACK (Duncan) & GRAY (Kevin), *Multilateral Environmental Agreements and the WTO-Report*, The Royal Institute of International Affairs & International Institute for Sustainable Development, septiembre del 2003, p. 18.

cadora de ambos acuerdos no puede cumplir con las obligaciones contraídas bajo ambos instrumentos en forma simultánea sin violentar los compromisos adquiridos.

El número de AMUMAs es creciente, en consecuencia, aumentan también la legislación y políticas que se desarrollan para implantarlos. En muchas ocasiones, tales regulaciones y políticas tienen, además, el potencial de enlazarse con la normativa que rige las relaciones comerciales en varios espacios. Las disposiciones comerciales abarcan áreas cada vez más amplias de las políticas públicas y, análogamente, los acuerdos ambientales también inciden en ámbitos de la actividad económica, verbigracia, el Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad.

Debe considerarse que la estructura institucional existente para la gobernabilidad ambiental ha demostrado ser ineficiente, lo cual se revela en el incremento de los problemas ambientales a escala global a pesar que existen más de 250 AMUMAs.⁽⁴⁾ En efecto, el sistema no se encuentra integrado de forma funcional confluyendo en ocasiones la duplicidad de funciones entre los organismos internacionales, aspecto que no permite responder con la idoneidad requerida a estos desafíos. Asimismo, el mandato de los acuerdos ambientales, con relación a su competencia y potestad de implementación de sus regulaciones, es débil. En fin, se trata de un contexto jurídico laxo, fragmentado y que con frecuencia carece de recursos y apoyo político.

En contraste, la OMC es una institución internacional sólida con personalidad jurídica, con un mecanismo de solución de diferencias operativo y emisor de decisiones vinculantes para sus Miembros -aunque con un nivel de cumplimiento un tanto inconstante-, y que está logrando homogeneizar a nivel internacional la normatividad en temas comerciales y tópicos diversos. Sin embargo, aunque el establecimiento de la OMC constituyó una mejoría significativa, su situación institucional aún enfrenta serios problemas como la aceptación de nuevos miembros, particularmente aquellos con estructuras económicas diferentes, el problema de asistencia a los países en desarrollo, el tratamiento diferenciado a países con disparidades estructurales económicas y culturales, la

(4) Inclusive, los AMUMAs más recientes toman prestado el lenguaje del GATT al describir su enfoque a las restricciones comerciales.

disonancia en temas de política sobre la competencia, y la congruencia con las políticas ambientales.⁽⁵⁾

Especialmente después de la Conferencia de Río sobre Ambiente y Desarrollo, celebrada en 1992, la OMC ha asumido compromisos en materia ambiental, especialmente con el desarrollo sostenible, epítome del foro. Justamente, en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech que estableció esta institución, se afirmó su compromiso con el desarrollo sostenible,⁽⁶⁾ apuntando a su vez un ligamen sólido con el derecho internacional general y, particularmente, con el derecho internacional ambiental. De la misma forma, en la Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente, acordada en Marrakech el 15 de abril de 1994, la institución manifiesta su preocupación por el tema e instauró el Comité de Comercio y Medio Ambiente. En el preámbulo de este instrumento se declara que “no debe haber, ni es necesario que haya, contradicción política entre la defensa y salvaguardia de un sistema multilateral de comercio abierto, no discriminatorio y equitativo, por una parte, y las medidas de protección del medio ambiente y la promoción de un desarrollo sostenible, por otra (...).”⁽⁷⁾ En igual sentido se pronunció la

(5) Ver JACKSON (John H.), “Las normas del comercio mundial y las políticas ambientales: ¿Congruencia o conflicto?”, en *Comercio y Ambiente: Derecho, Economía y Política*, México D.F., Instituto Nacional de Ecología, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, CIEL, p. 43.

(6) El preámbulo del *Acuerdo por el que se establece la OMC*, dispone lo siguiente: “Las *Partes* en el presente Acuerdo, *Reconociendo* que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo 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, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico [...]”.

(7) Parte del mandato del Comité de Comercio y Ambiente, según esta Decisión, consiste en “establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible; [...] ocuparse de las disposiciones del sistema multilateral de comercio con respecto a la transparencia de las medidas comerciales utilizadas con fines ambientales y las medidas y prescripcio-

Declaración de Doha, acordada en la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en noviembre del 2001, al afirmar que un sistema multilateral abierto y no discriminatorio y las gestiones a favor del de la protección del ambiente y del desarrollo sostenible deben apoyarse mutuamente.⁽⁸⁾

La Agenda 21, el programa de acción firmado en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, también señala que un sistema de comercio abierto y multilateral, apoyado por la adopción de políticas ambientales acertadas, tendría un impacto positivo en el ambiente y contribuiría al desarrollo sostenible.⁽⁹⁾ En concordancia, algunos analistas han afirmado que los objetivos de la liberalización económica y la protección ambiental deberían ser completamente compatibles.⁽¹⁰⁾ Aún, otros han manifestado que el problema de esta interacción no es tan difícil de resolver como otros dilemas del contexto internacional,⁽¹¹⁾ no obstante, la realidad es que no se han logrado avances importantes y menos un acuerdo político al respecto.

Especialmente en el foro de la OMC, los progresos en las Conferencias Ministeriales de Doha y Cancún son exiguos. Las resoluciones de los órganos designados para la solución de diferencias han señalado, sin embargo, una orientación sugerente para lograr una

nes ambientales que tienen efectos comerciales significativos; la relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente [...].” *Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente*, OMC.

- (8) *Declaración Ministerial de la OMC*, 20 de noviembre del 2001, párrafo 6.
- (9) Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, *Agenda 21*, Capítulo II, Sección B.
- (10) Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK agregan que ambos aspiran a la optimización de la eficiencia en el uso de los recursos, ya sea desde la perspectiva de maximizar las ganancias desde las ventajas comparativas de los países a través del comercio o asegurando que el desarrollo económico sea ambientalmente sostenible. *Trade and Environment in the WTO: after Cancun-Briefing Paper*, The Royal Institute of International Affairs, febrero del 2004, p. 1.
- (11) Con esta posición, ver CHARNOVITZ (Steve), “*Expanding the MEA Mandate in the Doha Agenda*”, *Global Environment & Trade Study*, p. 2, en <http://www.gets.org/pages/harmony>

conciliación que permita gozar de seguridad jurídica en esta materia, aunque sería prematuro, en nuestro criterio, calificarlas aún como prometedoras. La decisión que se tome con relación al reclamo interpuesto por Estados Unidos contra la Unión Europea (UE) por la moratoria de facto, emitida por la UE, contra la aprobación y comercialización de productos derivados de la biotecnología, es decisiva para el desenlace de esta discusión.

En este marco, los requerimientos técnicos que comprenden disposiciones relativas a la sanidad e inocuidad de los alimentos, incluyendo el empaque y etiquetado de los productos, son cubiertos por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), y los estándares de salud humana, animal y vegetal por el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). Estos instrumentos persiguen la equivalencia internacional de los estándares de los productos procurando evitar, a la vez, su utilización como medidas proteccionistas. No obstante, los países en desarrollo a menudo se quejan porque estas medidas constituyen condiciones difíciles de cumplir para ellos y pueden funcionar como barreras no arancelarias al libre comercio.

En los foros ambientales, la posición de los países en desarrollo es poco receptiva pues afirman que la adopción de medidas comerciales, aún en el marco de los AMUMAs, tiene impactos económicos negativos al restringir el acceso a los mercados, y que los costos de cumplir con estas disposiciones son desfavorables con relación a los beneficios ambientales y de desarrollo que se percibirían con su implementación. Ciertamente los AMUMAs deberían orientarse más a las preocupaciones de estos países ofreciendo mayores facilidades mediante las que se confieran asistencia financiera, transferencia de tecnología y otros incentivos que allanen las dificultades de implementación.⁽¹²⁾ Sin embargo, la realidad es diametralmente opuesta, los ofrecimientos de ayuda financiera son a menudo evadidos por los países desarrollados. De la misma forma, los mecanismos de transferencia de tecnología no han sido lo eficientes que los países en desarrollo demandan. Por su parte, la transferencia de tecnología de punta constituye un tema de difícil conciliación, pues se trata de invenciones protegidas por regímenes de propiedad intelectual que los países en desarrollo consideran decisivas para su progreso. En fin, el compromiso asumido con

(12) Con esta perspectiva, ver BRACK (Duncan) & GRAY (Kevin), *op. cit.*, p. 40.

el desarrollo sostenible, al cual lógicamente aspiran los países en desarrollo ha sido relegado.⁽¹³⁾

En fin, el debate no puede circunscribirse a los aspectos ambientales, las preocupaciones relativas al desarrollo constituyen un eje fundamental que no debería pasar inadvertido. Al respecto, la OMC no es la única institución internacional que debe preocuparse por el tema, urge la revitalización del papel de organizaciones como la Organización para la Cooperación, el Comercio y el Desarrollo (OCDE) y del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en temas como la exigua acción gubernamental requerida por el libre comercio en contraste con las gestiones a menudo necesarias para cumplir los compromisos adquiridos en los AMUMAs.

A. La precariedad de la gestión gubernamental como fundamento del libre comercio

Los acuerdos de libre comercio están concebidos para garantizar el acceso a los mercados mundiales y la libertad de movimiento de bienes, no siempre de personas físicas, y, recientemente, de servicios. Evidentemente, la experiencia demuestra holgadamente que tales acuerdos no son categóricamente de *libre* comercio, sino que más bien regulan el intercambio entre dos o más partes procurando en principio condiciones más beneficiosas de acceso a sus productos que las imperantes. Para cumplir con este objetivo, estos acuerdos equiparan el comercio liberalizado a la ausencia de la intervención gubernamental en el mercado en la forma de, por ejemplo, tarifas, subsidios o regulaciones legales.

La evolución del régimen de comercio multilateral, comprendiendo tanto al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) como a la OMC, demuestra una orientación hacia la extensión del ámbito de este esfuerzo a campos novedosos como los subsidios a las exportaciones, las barreras no arancelarias y los derechos de propiedad intelectual, tópicos que van más

(13) Acerca de la relación entre libre comercio, protección ambiental y desarrollo, como ejes del desarrollo sostenible, ver GAINES (Sanford E.), "International Trade, Environmental Protection and Development Triangle", en *RECIEL*, Volumen 11, No. 3, 2002, pp. 1-16.

allá de las tarifas. La eficacia del régimen de comercio internacional puede ser explicado, en gran medida, por la simplicidad del mensaje central: una escasa intervención gubernamental promueve el libre comercio.

El objetivo político del GATT, desde su instauración, ha sido liberalizar el comercio que cruza las fronteras nacionales y perseguir los beneficios descritos en la teoría económica como “ventajas comparativas”, que se relacionan parcialmente con las teorías de las economías de escala. La teoría de las ventajas comparativas postula que cuando las naciones se especializan se convierten en más eficientes en la elaboración de un producto, y posiblemente también de un servicio, y de esta forma pueden intercambiar para satisfacer sus necesidades no cubiertas. Las normas internacionales están diseñadas para restringir la interferencia gubernamental con ese comercio beneficioso.⁽¹⁴⁾

Desde esta perspectiva, la regulación ambiental, constituye, más o menos por definición, una subcategoría de requisitos emanados del gobierno que pueden actuar como barreras al comercio internacional. La estructura operativa de los acuerdos de libre comercio refleja esta perspectiva articulando las obligaciones en las que un Estado Parte acepta no llevar a cabo ciertas acciones pues se consideran requisitos regulatorios injustificados. Por el contrario, los programas y políticas ambientales internacionales y domésticas requieren la implementación de acciones de gobierno “afirmativas”, que normalmente implican el deber asumido de hacer, sea legislación o políticas. En efecto, esta contradicción fundamental explica el choque entre las obligaciones de libre comercio y la acción gubernamental necesaria para asegurar la calidad ambiental. Un régimen, el ambiental, procura facilitar la implementación de medidas gubernamentales afirmativas, y el otro, el del libre comercio, pretende precisamente consolidar su ausencia.⁽¹⁵⁾

(14) Sobre el tema, ver JACKSON (John H.), *op. cit.*, pp. 4-5.

(15) Conviene aclarar que este tipo de disyuntiva es sólo uno de los temas ambientales en la agenda de la OMC. Steve CHARNOVITZ afirma que los principales asuntos, ligados a la Declaración de Doha, son:

- a. La relación entre las reglas de la OMC y las obligaciones comerciales específicas en los AMUMA y los procedimientos de intercambio de información y condición de observador con los secretariados de estos acuerdos.

Como dificultad adicional, la congestión de tratados ambientales y la gran cantidad de instituciones y secretariados creados exceden, a menudo, la capacidad administrativa de los Estados. Es en el nivel nacional donde muchas veces reside la capacidad política, administrativa y económica para ejecutar los compromisos adquiridos. Para los países en vías de desarrollo esta implementación representa a menudo una erogación importante. No obstante, los mecanismos financieros existentes que podrían proveer respaldo financiero a los gobiernos nacionales, especialmente aquéllos de los países en desarrollo, son insuficientes. Los esfuerzos por mejorar dichos mecanismos de financiamiento y, conjuntamente, divulgar las mejores prácticas ambientales y transferir tecnología, no han sido apropiados.⁽¹⁶⁾

-
- b. La reducción o eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias a los bienes y servicios ambientales.
 - c. Las regulaciones de la OMC en materia de subsidios a las pesquerías y la necesidad de aclaración y mejoramiento.
 - d. El efecto de las medidas ambientales que impiden el acceso a los mercados y aquéllos situaciones en las que la eliminación de restricciones y distorsiones beneficiarían el comercio, el ambiente y el desarrollo.
 - e. Los requisitos de etiquetado para propósitos ambientales.
 - f. La relación entre el Acuerdos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio (ADPIC) y el Convenio de Diversidad Biológica.
 - g. La revisión de los aspectos ambientales y de desarrollo de las negociaciones con el objetivo de considerar adecuadamente el desarrollo sostenible.
 - h. La cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales ambientales y de desarrollo.
 - i. Negociaciones agrícolas donde se tomen en cuenta las denominadas preocupaciones no ambientales.

En Doha se discutieron principalmente los aspectos relativos a los puntos “a”, “b”, “c” e “i”. En la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Cancún se discutieron, sin ningún avance, los asuntos “d”, “e” y “f”. En general, con relación a estos tópicos, poco se ha logrado en estas rondas de negociación. Ver WTO and the Doha Agenda: Reform of Trade Rules and Environmental Mechanisms and Rules, Global Environment & Trade Study, p. 1.

En <http://www.gets.org/pages/harmony>

- (16) Al respecto, ver ETSY (Daniel C.), *Strengthening Global Environmental Governance: A Critical Counterpart to a Vibrant International Trading System*, Global Environment & Trade Study, 2003.

En <http://www.gets.org/pages/harmony/>

B. Las reservas a los principios de trato igualitario y de prohibición de la discriminación en la OMC: la oportunidad contingente de introducir regulaciones ambientales inconsistentes con el sistema

Las obligaciones centrales derivadas de los acuerdos GATT/OMC, así como los principios que se aplican a las regulaciones ambientales y de salud pública, incluyen:

- El Artículo I del GATT, relativo al principio de la nación más favorecida (NMF), que postula la ausencia de discriminación que debe aplicarse a los productos “similares” importados sobre la base de su origen nacional, sea entre miembros de la OMC o entre productos nacionales y foráneos.
- El requerimiento de trato nacional, estipulado en el Artículo III, es una obligación complementaria que establece la ausencia de discriminación entre productos foráneos y domésticos con relación a impuestos y regulaciones internas.
- Una tercera disciplina fundamental del régimen GATT/OMC es la prohibición de la restricción cuantitativa para importaciones y exportaciones, contenida en el Artículo XI.

Considerados en conjunto, podría argumentarse que la premisa esencial es una cláusula de protección igualitaria que implica otorgar un trato justo y equitativo a los productos nacionales y extranjeros y la interdicción de la discriminación con base en la proveniencia del bien.

El GATT permite, sin embargo, la aplicación de restricciones comerciales unilaterales bajo circunstancias particulares, incluyendo la protección de la salud y del medio ambiente. El Artículo XX del GATT constituye uno de estos casos y contempla una serie de excepciones para categorías específicas de disposiciones y regulaciones nacionales. De particular importancia en los campos de medio ambiente y salud pública se encuentran las dos reservas admitidas en el Artículo XX del GATT 1994, relativas principalmente a la protección de la vida humana, animal o vegetal, o la salud y a la conservación de los recursos naturales no renovables.⁽¹⁷⁾

(17) El Artículo XX del GATT 1994 establece: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los

Como el medio ambiente fue un tema de política pública muy poco apreciado cuando el GATT se redactó, en 1947, las regulaciones ambientales deben ser tratadas, en principio, bajo alguna de estas dos provisiones. Si fueran aplicables, el efecto del Artículo XX es permitir al Estado mantener una medida que, de otra forma, sería inconsistente con los principios básicos citados. Disposiciones destinadas a la protección ambiental, con respaldo científico y de carácter temporal, pueden en principio ser establecidas por las Partes de la OMC para resguardar los fines contemplados en las reservas citadas y en los Acuerdos sobre OTC y MSF. La cuestión del soporte científico, según lo comentaremos más adelante, es ampliamente debatida en la actualidad pues un sector de los observadores internacionales considera que debe ser suplantado, cuando proceda, por el principio de precaución ya reconocido en instrumentos internacionales diversos.

No obstante, el Artículo XX resulta insuficiente para la protección del medio ambiente, objetivo sin lugar a dudas más amplio tanto si se aplica a un país en particular como a las preocupaciones globales en esta materia. Este es un aspecto decisivo para la definición de la interacción entre los AMUMAs y el GATT. MURASE opina que las deficiencias de la normativa del GATT con relación a las medidas

países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

[...] *b)* necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

[...] *d)* necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;

[...] *g)* relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; [...],” en *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio-Acuerdo de Marrakech*, Anexo 1A, OMC.

comerciales relativas al medio ambiente son muy obvias. Agrega además que la historia legislativa del Artículo XX no revela preocupación por el medio ambiente, excepto en las áreas limitadas de las MSF para la protección de la salud humana y de plantas y animales, referentes a las medidas aduaneras aplicadas en frontera.⁽¹⁸⁾

Este autor efectúa una clasificación comprensiva de los conflictos entre el GATT y los AMUMAs: (a) un conflicto de principios constitucionales básicos, (b) un conflicto de métodos de regulación, (c) un conflicto originado en los medios adoptados para la implementación doméstica de los AMUMAs y, (d) finalmente, un conflicto derivado de los mecanismos para asegurar la efectividad de los AMUMAs.⁽¹⁹⁾ Hasta ahora, han sido los dos primeros aspectos los que han suscitado mayores conflictos en el foro de la OMC.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA INTERACCIÓN EN EL FORO DE LA OMC: UN ACUERDO POLÍTICO DÉBIL Y DIFUSO

No existe hoy en día un consenso acerca de cómo conducir esta relación conflictiva entre dos conjuntos de instrumentos internacionales y se anticipa un largo e intenso debate. Por su parte, el número de AMUMAs está en constante crecimiento y las actividades políticas y legislativas existentes en este ámbito continúan evolucionando rápidamente, aumentando así su riesgo de interacción con los acuerdos de la OMC. Distintos ámbitos donde se aplican las políticas gubernamentales son concernidos por esta concurrencia.

A. Doha: un mandato restringido

El intento más significativo de dilucidar la relación entre las existentes reglas de comercio y los AMUMAs es la Conferencia Minis-

(18) MURASE (Shinya), *WTO/GATT and the MEAS: The Kyoto Protocol and Beyond*, Global Environment & Trade Study, p. 4.

En <http://www.gets.org/pages/harmony>

(19) MURASE (Shinya), *op. cit.*, p. 5. Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK efectúan otra clasificación señalando tres áreas en las que los conflictos pueden surgir: (a) con relación a los estándares de productos determinados internacionalmente; (b) cuando los procesos, y no los productos, causan daño ambiental; (c) y con la implementación de los AMUMAs, *op. cit.*, p. 5.

terial de Doha, que inaugura una nueva ronda de negociaciones y donde la clarificación de esta relación es una prioridad. La Declaración de Doha invoca la realización de negociaciones donde exista transferencia de información y una condición de observador entre los Comités de la OMC y los secretariados de los AMUMAs, así como una correspondencia definida entre las reglas existentes de la OMC y los AMUMAs.

Sin embargo, Doha ha limitado el alcance de estas negociaciones al requerir que no perjudiquen los derechos y principios de ningún miembro de la OMC que no sea parte del AMUMA en cuestión, ni que agreguen o limiten derechos y obligaciones de los miembros bajo los acuerdos de la OMC existentes. El mandato se encuentra restringido, en consecuencia, a medidas de comercio específicas entre Estados signatarios de los AMUMAs. Se trata de una limitación peculiar que no se encuentra en otros mandatos de negociación de la OMC y, para analistas como CHARNOVITZ, si se la respeta dogmáticamente podría significar que no se generará ningún cambio en las reglas de la OMC.⁽²⁰⁾

La agenda de la Ronda de Doha no abarca, en consecuencia, los temas difíciles, como los Estados que no son Parte de los AMUMA y sí son Miembros de la OMC, o las medidas no específicas.⁽²¹⁾ Con este escenario y las dificultades adicionales que enfrentan las conversaciones iniciadas en Doha, hoy en día parece difuso el resultado de esta iniciativa. Por el momento las negociaciones se han concentrado en las definiciones y, en cuanto a este aspecto, no se ha alcanzado tampoco un avance notable. Analistas como Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK precisan que no sería de extrañar que, especialmente ante el fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún, que se celebró en septiembre del 2003, todo el ámbito de comercio y medio ambiente sea retirado de las negociaciones de la Ronda de Doha y que los negociadores se inclinen por alcanzar acuerdos en un rango más pequeño de tópicos, “tradicionales” del libre comercio.⁽²²⁾

(20) CHARNOVITZ, *WTO and the Doha Agenda: Reform of Trade Rules and Environmental Mechanisms and Rules*, op. cit., p. 2.

(21) Por ejemplo, este tipo de medidas pueden ser aquéllas no comerciales como la incluida en la Convención de Wellington sobre Traínas que sugiere, pero no exige, la implementación de acciones para prohibir la utilización de traínas para la pesca.

(22) BRACK (Duncan) y BRANCZIK (Thomas), *op. cit.*, p. 10.

La inclusión de los párrafos de medio ambiente y comercio en la Ronda de Doha fue una iniciativa atribuida totalmente a la insistencia de la UE, apoyada sólo por otros países desarrollados que fueron sus aliados en la promoción de esta iniciativa. Sin embargo, la legitimidad de las posiciones de la UE es a menudo socavada por su arraigo a los subsidios existentes a la agricultura y a las pesquerías, actividades reputadas dañinas para el medio ambiente. Los Estados Unidos normalmente contemplan cualquier desarrollo de las reglas multilaterales como una inhibición potencial a su predilección por la adopción de medidas comerciales unilaterales. Los países en desarrollo, en su conjunto, también tienden a ser hostiles a las propuestas comercio-ambiente impulsadas por el Norte, temiendo que el surgimiento de restricciones comerciales, justificadas en medidas medioambientales, como los estándares laborales o de bienestar animal, conduzcan potencialmente a nuevas barreras al libre comercio. Este tema iba a ser discutido en Cancún, empero, fue totalmente relegado cuando los negociadores se concentraron en temas prominentes como agricultura e inversiones. No obstante, la negociación de estos tópicos se caracterizó por el recrudescimiento del conflicto Norte-Sur.

La lentitud de estas negociaciones se debe, en gran parte, a la carencia de experiencia en materia ambiental de los negociadores comerciales, a la falta de transparencia de la OMC, y a asumir un único punto de vista en el que las preocupaciones ambientales se cambian fácilmente por otro tipo de intereses durante la negociación.⁽²³⁾ Sobre el tema, CHARNOVITZ ha recomendado efectuar un cambio al Entendimiento de solución de diferencias, proponiendo que todos los paneles de la OMC tengan la experiencia necesaria para los asuntos a resolver.⁽²⁴⁾ Daniel ETSY agrega que la eficacia y legitimidad de la OMC se ve disminuida cuando la organización se ve obligada a asumir casos

(23) Al efecto, ver el documento *The Relationship between MEAs and WTO Rules and EU Trade Policy Making-Policy Brief*, Seminario para suscitar la conciencia de temas de libre comercio en la sociedad civil, Ecologic-Institute for International and European Environmental Policy, Szentendre, 10 de mayo del 2004, p. 3.

(24) Tal provisión podría ubicarse, con relación a los servicios, en el Párrafo 4 del Anexo de Servicios Financieros del GATS. CHARNOVITZ (Steve), *WTO and the Doha Agenda: Reform of Trade Rules and Environmental Mechanisms and Rules*, op. cit., p. 3.

y tomar decisiones que van más allá del ámbito de su mandato comercial formal y de su experiencia.⁽²⁵⁾ Y John H. JACKSON, acota que “hasta cierto punto, los conflictos derivan de ciertas ‘diferencias culturales’ entre los expertos en política comercial y los expertos en política ambiental.”⁽²⁶⁾

En este sentido, se ha cuestionado la legitimidad de la OMC como foro para discutir estos temas, por el álgido conflicto Norte-Sur que se suscita normalmente y que inhibe la aplicación de principios del derecho internacional. En opinión de algunos analistas, el tema de los AMUMAs no es de difícil solución, mas sí lo es su negociación en la OMC.⁽²⁷⁾ En efecto, con los límites discutidos del mandato de Doha es casi imposible alcanzar una solución integral y respetuosa del contexto internacional comercial y ambiental.

B. El fundamento de las restricciones comerciales en los AMUMAs

Casi 30 de los AMUMAs vigentes imponen medidas comerciales, restricciones al comercio de sustancias particulares o de productos, ya sea entre las Partes del Tratado o entre Estados que son Parte y aquéllos que no lo son. Las razones por las que las restricciones comerciales se han incorporado a los AMUMAs son básicamente tres: (a) para proveer un medio de monitorear y controlar el intercambio de los productos cuando el comercio incontrolado entre productos condujera o contribuyera al daño ambiental; (b) para proporcionar un mecanismo que facilite la aplicación del AMUMA, prohibiendo el comercio entre países no Parte o Partes que incumplen el acuerdo; y (c) para suministrar una estructura que permita cumplir con los requerimientos del AMUMA.⁽²⁸⁾

(25) ETSY (Daniel C.), *op. cit.*, p. 2.

(26) JACKSON, *op. cit.*, p. 30.

(27) Con esta postura, ver CHARNOVITZ (Steve), “*Expanding the MEA Mandate in the Doha Agenda*”, Global Environment & Trade Study, *op. cit.*, p. 1.

(28) El Protocolo de Montreal contiene ejemplos de los tres casos. Considerando la primera categoría, un sistema de licencias de importación y

La norma básica del GATT es el principio de trato igual y no discriminación, admitiendo sólo excepciones en casos específicos. Por el contrario, los AMUMAs están basados en el principio de responsabilidad común pero diferenciada, según la cual los países desarrollados ostentan una responsabilidad especial, mientras que la especial situación y necesidades de las naciones en desarrollo tienen especial prioridad.

Una cantidad de acuerdos multilaterales en medio ambiente, incluyendo la Convención Internacional sobre el Tráfico de Especies en Peligro de Extinción (*Convention on International Trade in Endangered Species*, CITES)⁽²⁹⁾ y la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Disposición,⁽³⁰⁾ regulan el comercio de sectores sensibles u objetos peligrosos. Otros, como el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que dañan la Capa de Ozono, utilizan las medidas comerciales como instrumentos clave para lograr los objetivos del acuerdo.

La Convención de Basilea ostenta además la peculiaridad de ser impulsada en gran medida por los países en desarrollo, usualmente reacios a la negociación de AMUMAs. La razón se debe a que estos

exportación fue introducido en 1997 principalmente para controlar el comercio ilegal, a través de la Enmienda de Montreal. En cuanto a la segunda distinción, los países han utilizado una variedad de políticas, como impuestos y cuotas, para limitar las importaciones y exportaciones y, de esta forma, cumplir sus obligaciones para controlar el consumo de CFCs y otras sustancias fiscalizadas. En cuanto a la tercera clasificación, el Protocolo requiere que las Partes prohíban las importaciones de sustancias que merman la capa de ozono de Estados no Parte y, potencialmente, de Partes que no cumplan, como una medida de ejecución. BRACK (Duncan) y Gray (Kevin), op. cit. pp. 7-12.

- (29) El fundamento de CITES es el requisito de contar con permisos de exportación para el comercio de las especies en peligro de extinción incluidas en los Apéndices del acuerdo y, adicionalmente, de permisos de importación para aquellas especies del Apéndice I, que son las que se encuentran en mayor riesgo.
- (30) La Convención de Basilea contiene la obligación de notificación previa y un mecanismo de consentimiento acordado para los cargamentos de desechos peligrosos que involucra tanto a los Estados importadores, como a aquéllos exportadores y de tránsito; cada cargamento con este material debe contar con un documento justificativo del movimiento.

Estados tienen una estructura gubernamental insuficiente para tratar el problema del movimiento transfronterizo de desechos y se suscitaron graves casos de depósito de desechos peligrosos en estos países, algunas veces incluso sin el consentimiento del receptor de la contaminación.

Por su parte, sin las medidas comerciales, el Protocolo de Montreal crearía incentivos considerables para que los países no signatarios se convirtieran en paraísos de contaminación, y de esta manera se tornaran en una fuente de emisión de clorofluorocarbonos (CFC) y continuaran utilizando tecnologías ambientalmente dañinas, afectando a los países que sí han asumido sus obligaciones bajo este acuerdo ambiental. Efectivamente en este caso se trata de un daño ambiental de efecto global. Las disposiciones del Protocolo revierten este tipo de incentivos nocivos permitiendo el comercio entre las Partes pero autorizando restricciones en la cantidad de CFC, productos que contengan CFC y productos fabricados con CFC con Estados que no son miembros. Con esas restricciones comerciales, el Protocolo crea incentivos para que los Estados no miembros acepten las obligaciones del acuerdo y elimina los estímulos para los países que permanezcan fuera del ámbito de aplicación del acuerdo, mas se trata de medidas comerciales claramente discriminatorias. No obstante, su instauración ha revelado ser sumamente eficaz para atraer signatarios, al día de hoy prácticamente no existen países no Parte contra quienes se puedan establecerse restricciones comerciales.

Si dos Estados son miembros de un AMUMA y, simultáneamente, lo son también de la OMC, el AMUMA podría operar como ley especial o como una derogación acordada de las leyes derivadas del sistema GATT/OMC, las cuales en consecuencia no aplican a esta situación concreta.⁽³¹⁾ Disposiciones como las del Protocolo de Montreal tienen el potencial de reñir abiertamente con las reglas GATT/OMC porque tales medidas discriminan entre las Partes y los Estados que no forman parte

(31) Algunos analistas han propuesto, desde hace más de una década, la aplicación del principio general del derecho en virtud del cual un AMUMA podría prevalecer sobre la OMC por ser una regla específica. No obstante este enfoque aún no ha sido respaldado por la OMC. Desde 1991 esta máxima fue avanzada por James CAMERON & Jonathan ROBINSON. "The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and Their Compatibility with the GATT", *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, No. 3, 1991.

del acuerdo ambiental, mas todos podrían a la vez ser miembros de la OMC. No se ha presentado aún una disputa en la OMC por este acuerdo ni por otro AMUMA, pero la posibilidad que el Artículo XX se aplique es mayor que en el caso de una medida unilateral avanzada por un gobierno, de acuerdo a las decisiones que hasta ahora han adoptado los paneles habilitados por la OMC para la resolución de conflictos comerciales.

Las medidas comerciales no específicas, sea aquellas que se pueden aplicar para implementar un AMUMA pero que no son específicamente descritas o requeridas por el Tratado mismo,⁽³²⁾ resultan de especial relevancia para la implementación del Protocolo de Kyoto sobre cambio climático. La aplicación de los impuestos a la utilización de la energía o del carbón y cómo estos se aplican a los productos importados, que sin duda alguna tendrán un impacto en amplios espectros de la economía, podría llevar a mayores controversias y potencialmente a disputas en el seno de la OMC. Otras Partes del Protocolo también han aplicado regulaciones no específicas como los requisitos de etiquetado, impuestos indirectos y prohibiciones de importación para cumplir con sus obligaciones de eliminar progresivamente el consumo de las sustancias que dañan la capa de ozono.

CHARNOVITZ ha sugerido que la Ronda de Doha apruebe una Interpretación del Artículo XX(b) y (g) del GATT, estableciendo que las obligaciones comerciales específicas asumidas bajo los AMUMA sean juzgadas compatibles con los citados párrafos (b) y (g), y que el gobierno disconforme asuma la carga de probar que la medida comercial es una violación del este Artículo. Una conclusión análoga se ha avanzado también para el Artículo XIV (b) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), agregando incluso que ninguna disputa bajo el marco de la OMC puede ser invocada hasta que la Parte reclamante agote cualquier procedimiento de resolución de disputas contemplado en el AMUMA, si existiese.⁽³³⁾ Tales recomendaciones requerirían, en nuestro criterio, no respetar el mandato de Doha emitido para negociar estos aspectos, lo cual podría suceder pues la Declaración de esta Conferencia no es vinculante, de manera que las Partes podrían acordar cambios a las reglas de la OMC.

(32) Se trata de la categoría (b) de previa cita.

(33) CHARNOVITZ, Steve, *op. cit.*, p. 3.

Idóneamente el comercio internacional y los regímenes de los AMUMA deberían apoyarse mutuamente mejorando la gobernabilidad del desarrollo sostenible. Ambos cuerpos, en las áreas de legislación y política, no deberían minarse uno al otro, y las instituciones relevantes idóneamente se comprometerían a cooperar en forma efectiva durante todo el proceso de elaboración de políticas, toma de decisiones, ejecución, monitoreo y solución de diferencias.⁽³⁴⁾ De la misma forma, la sociedad civil cada vez gestiona más espacios en estos procesos, circunstancia que es de crecimiento especialmente notable en la UE.

Los informes finales emitidos por los órganos designados para resolver disputas en la OMC se revelan, en todo caso, más concluyentes para dilucidar esta discusión que los foros ministeriales.

III. LA SUGERENTE EVOLUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS PANELES DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Una de las preocupaciones iniciales de la comunidad internacional durante las negociaciones de la Ronda de Uruguay fue bloquear y contener las medidas unilaterales, por las que Estados Unidos y otros países con peso en el comercio internacional tienen reconocida preferencia. Desde esta perspectiva, el nuevo mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha logrado un avance significativo hacia un régimen autónomo.⁽³⁵⁾

Las disputas entre miembros de la OMC, relativas a medidas comerciales particulares, son decididas de acuerdo a un procedimiento de dos etapas establecido en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. En la primera fase, el Grupo Especial emite un informe, después de haber recopilado evidencia y los argumentos de todas las partes. Dicho informe puede ser impugnado, en cuyo caso el Órgano de Apelación sigue el mismo procedimiento. El mandato de los paneles y de los Órganos de Apelación es interpretar y aplicar la legislación existente. La decisión del Órgano de Apelación es final y vinculante a menos que los Miembros de la OMC acuerden unánimemente no adoptarla.⁽³⁶⁾ En la

(34) *The Relationship between MEAs and WTO Rules and EU Trade Policy Making-Policy Brief*, op. cit., p. 2.

(35) MURASE (Shinya), *op. cit.*, pp. 1-3.

(36) En el GATT (1948-94) se completaron seis procedimientos de grupos especiales en los que se examinaron medidas ambientales o

actualidad la utilización del Acuerdo relativo a la solución de diferencias de la Ronda Uruguay hace también que sea imposible que el país que pierda un caso obstruya la adopción de la resolución. El anterior procedimiento del GATT disponía que las resoluciones únicamente pudieran adoptarse por consenso, lo que significaba que una sola objeción podía bloquear la decisión. Actualmente la aprobación de la resolución es automática salvo si existe consenso para rechazarla; es decir, si un país desea bloquear la resolución tiene que lograr que compartan su opinión *todos* los demás Miembros de la OMC, incluido su adversario en la diferencia.

No obstante, el proceso de solución de conflictos ha sido acusado de ser poco transparente, y se han urgido reformas en los procedimientos de resolución de disputas del sistema de comercio mundial. En este sentido, sectores ambientalistas afirman que la participación de las organizaciones en la resolución de conflictos debe consolidarse, aparejada de reglas de transmisión de documentos, aporte de información y evidencia.⁽³⁷⁾

A. La resolución de los casos relativos a la protección a ciertas especies animales: la reticencia hacia la aceptación de las medidas comerciales unilaterales

1. El Caso *Atún-Delfines*: El problema de la discriminación unilateral fundamentada en el proceso de producción

La reclamación presentada por México y otros países contra los Estados Unidos en el GATT (*Caso Atún-Delfines*) representa la primera ocasión en que se suscitó el debate “comercio-medio ambiente” a nivel

relacionadas con la salud de las personas en función del artículo XX del Acuerdo General, relativo a las excepciones generales a las normas GATT/OMC por determinados motivos relacionados con el medio ambiente, la salud y otros temas. De los seis informes, tres no han sido adoptados. En 1995 el procedimiento de solución de diferencias del GATT fue sustituido por el de la OMC, desde entonces se han completado tres procedimientos; se trata de los casos “Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional”, “Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón”, “Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto”.

(37) Ver JACKSON (John H.), *op. cit.*, p. 44.

mundial. El informe del Grupo Especial fue distribuido en 1991, pero no fue adoptado, por lo que no tiene el carácter de interpretación autorizada de las normas del GATT.⁽³⁸⁾

Estados Unidos, con el propósito de proteger los delfines, tomó medidas que prohibían las importaciones de atún capturado por pescadores mexicanos en alta mar. El panel del GATT estimó que se trataba de una aplicación extra-jurisdiccional de la legislación ambiental doméstica que debía ser rechazada por el GATT pues significaba socavar el sistema multilateral de comercio, concluyendo que tales medidas no eran congruentes con las regulaciones del GATT.⁽³⁹⁾ La

(38) Los Estados Unidos y México llegaron a una solución “extrajudicial”.

(39) La Ley de los Estados Unidos de Protección de los Mamíferos Marinos prohibía el hostigamiento, la caza, la captura o la matanza de mamíferos marinos, o la tentativa de estos actos, y su importación a los Estados Unidos sin autorización expresa. En particular, regulaba la captura de mamíferos marinos atrapados incidentalmente en las redes de los pescadores de atún aleta amarilla en el Pacífico tropical oriental, una zona donde se sabe que los delfines nadan por encima de los bancos de atunes. La ley equivalía a prohibir la importación comercial de pescado o de productos del pescado capturado con técnicas de pesca comercial que provocaban que las muertes y las heridas graves incidentales de mamíferos marinos fueran superiores a las establecidas por las normas estadounidenses. En particular, se prohibió la importación de atún aleta amarilla pescado con redes cerqueras en el Pacífico tropical oriental (prohibición aplicable a la nación directamente exportadora), salvo si las autoridades estadounidenses competentes establecían lo siguiente:

- i) que el gobierno del país pesquero había adoptado un programa de regulación de la captura incidental de mamíferos marinos comparable al de los Estados Unidos; y
- ii) que la tasa media de capturas incidentales de las embarcaciones del país pesquero era comparable a la tasa media de las embarcaciones de los Estados Unidos.

La tasa media de las capturas incidentales (es decir, el número de delfines matados incidentalmente cada vez que se echan las redes cerqueras) realizadas por la flota atunera de ese país no debía ser más de 1,25 veces la tasa media de las embarcaciones estadounidenses en ese mismo período. También se prohibieron las importaciones de atún procedentes de países que lo compran a un país sometido a la prohibición aplicable a naciones directamente exportadoras (prohibición aplicable a las naciones intermediarias). Sobre el particular, consultar: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis04_s.htm

medida comercial estadounidense se concentraba en el proceso de elaboración del producto. El asunto que se consideró medular en este caso fue establecer si el país importador está facultado para tomar una medida relacionada con el proceso de producción de un bien bajo las normas del trato nacional de la no discriminación, o en base a las excepciones del Artículo XX, que no requieren la aplicación estricta de este principio. En este sentido, JACKSON señala que la preocupación de los expertos en política comercial es que si se admite que las características de los procesos sean la base para una medida restrictiva del comercio internacional, se abriría una caja de Pandora que inauguraría una brecha en el GATT.⁽⁴⁰⁾

En este caso el panel llegó a la conclusión que la legislación nacional estadounidense, emitida con el propósito de proteger a los mamíferos marinos afectados por la captura del atún aleta amarilla en el Pacífico tropical oriental, infringía los Artículos III (relativo al trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores) y XI (que limita el uso de las prohibiciones o restricciones de la importación) y que sus disposiciones no se encontraban justificadas por las excepciones del Artículo XX.⁽⁴¹⁾ Las consideraciones ambientales no fueron ponderadas con un peso suficientemente concluyente para estimar que fueran apropiadas y adecuadas a las excepciones del Artículo XX.

El informe del Grupo Especial indicó que Estados Unidos no había agotado todos los otros esfuerzos disponibles bajo el derecho internacional para proteger a los delfines, particularmente la negociación de AMUMAs. Este razonamiento sugiere que las acciones

(40) JACKSON (John H.), *op. cit.*, p. 39.

(41) México sostenía que la prohibición de las importaciones de atún aleta amarilla y de productos del atún era incompatible con los artículos XI, XIII y III del Acuerdo General. Los Estados Unidos pedían que el Grupo Especial constatará que la prohibición aplicable a la nación directamente exportadora era compatible con el Artículo III y, en caso alternativo, que estaba justificada por los apartados b), d) y g) del Artículo XX. El Grupo Especial constató que la prohibición de las importaciones en ambos casos no era una reglamentación interna en el sentido del Artículo III, era también contraria a lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo XI y no quedaba amparada por las excepciones de los apartados b) y g) del Artículo XX. Además, la prohibición aplicable a los países intermediarios no estaba amparada por el apartado d) del Artículo XX.

estadounidenses podrían haberse ponderado en forma distinta si se hubieran adoptado en cumplimiento de un AMUMA. En consecuencia, la aplicación del Artículo XX hubiera eventualmente gozado de mayor legitimidad si se hubiera realizado dentro del contexto proporcionado por un instrumento internacional ambiental.

Confirmando esta tendencia, en 1995 el recién instaurado Comité de Comercio y Ambiente inició la discusión del tema, y el consenso creció acerca de la inconveniencia de las medidas unilaterales, en criterio de la OMC, extra-jurisdiccionales. En fin, este tipo de medidas, no basadas en AMUMAs, se han percibido, en forma consistente, como no conformes con el GATT.

Por segunda vez, la Unión Europea establece una reclamación contra Estados Unidos por la misma ley. El informe del Grupo Especial fue distribuido en 1994, pero tampoco fue adoptado. El Grupo Especial consideró nuevamente, entre otros aspectos, que las prohibiciones no estaban protegidas por las excepciones establecidas en los apartados b), g) o d) del Artículo XX del Acuerdo General.

La cuestión a dilucidar sería definir si ciertas medidas comerciales, como la restricción de importaciones o la imposición de altas tarifas, adoptadas en función de un AMUMA serían en este caso consideradas congruentes con el GATT. En esta coyuntura, se establecería también la decisiva cuestión de cuál de las dos normatividades prevalecería, la del GATT o la del AMUMA.

2. *Caso Estados Unidos-Camarones: La aceptación de una medida unilateral gubernamental destinada a proteger una especie animal*

Dentro de los casos presentados después de la Ronda de Uruguay, el informe del Órgano de Apelación en el caso de la importación de camarones y sus productos a Estados Unidos cuya pesca no se efectuaba con la tecnología DET para la protección de las tortugas marinas (*Caso Estados Unidos-Camarones*), está impulsando y esbozando la idea que las medidas comerciales discriminatorias, no basadas en los AMUMAs, pueden soportar el escrutinio de los órganos que resuelven diferencias de libre comercio. Debe subrayarse que los delfines y las tortugas en cuestión no eran especies protegidas por los

tratados⁽⁴²⁾ y que las redes y el equipo utilizados para la pesca no se encontraban prohibidos por el comercio internacional.

Esta decisión revirtió la jurisprudencia existente, que señalaba que no podían imponerse restricciones comerciales por medio de impuestos o regulaciones basadas en el proceso por el cual un producto es elaborado, a menos que el método afecte el producto de forma directa, por ejemplo, su inocuidad. Igualmente, se estimó que la medida calzaba dentro de las excepciones del Artículo XX que permiten infringir en circunstancias determinadas el principio de no discriminación entre productos similares, el corazón del sistema multilateral de comercio. Para algunos analistas, la resolución dejó abierta la puerta para otras medidas semejantes en el futuro, con los costos adicionales potenciales para los países exportadores.⁽⁴³⁾

La decisión le brindó mayor importancia al compromiso con el desarrollo sostenible, incluido en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech que instauró la OMC, al citarlo como una justificación aceptable. En efecto, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC constató la legitimidad de la medida unilateral impuesta por Estados Unidos, aunque precisó que deben continuar los esfuerzos por alcanzar un acuerdo multilateral en esta materia.⁽⁴⁴⁾ Nuevamente los

(42) Las tortugas sí se encuentran tuteladas por CITES, no obstante, éste es un instrumento que restringe el *comercio internacional* de estas especies y no regula su protección *in situ*.

(43) Consultar, por ejemplo, ANGEL (Amy), *op. cit.*, p. 5.

(44) El Órgano de Apelación de la OMC instaurado al efecto estableció: “Nos parece [...] que *condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones a) a j) 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. No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita a priori la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo

paneles de solución de diferencias de la OMC insisten en la conveniencia de lograr un AMUMA, sobre la imposición de disposiciones unilaterales de los Estados.

3. Caso Camarón-Tortugas: ¿La reversión concluyente de la jurisprudencia?

La última decisión sobre el tema, la constituye la reclamación establecida por la India, Malasia, Pakistán y Tailandia contra los Estados Unidos (*Caso Camarón-Tortugas*). En esta ocasión se impugnó La Ley de Especies Amenazadas de 1973, que exigía la utilización de los dispositivos DET cuando se pescara camarón en áreas donde existía la posibilidad de encontrar tortugas marinas.⁽⁴⁵⁾ Nótese que, tanto en el Caso Atún-Delfines como en *Camarones-Tortugas*, no se discute disconformidad alguna con el atún o los camarones como productos, pues en principio cumplían las normas sanitarias.

inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.” OMC, informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 89.

En la resolución de la apelación de Malasia, el Órgano de Apelación agregó que “la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1 de su informe de que el artículo 609 de la *Public Law* 101-162, tal como ha sido puesto en vigor por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y según la aplicación realizada hasta la fecha por las autoridades de los Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral.” OMC, informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 22 de octubre de 2001, párrafo 153.b.

- (45) La Ley de Especies Amenazadas de 1973 de los Estados Unidos, enumeraba cinco especies de tortugas marinas amenazadas o en peligro que se encuentran en aguas estadounidenses y prohibía su “captura” en los Estados Unidos, en sus aguas territoriales y en alta mar; entendiéndose por captura el hostigamiento, la caza, la matanza de tortugas y su captura, o la tentativa de hacerlo. De conformidad con la Ley, los Estados Unidos exigían que los arrastreros dedicados a la pesca del camarón utilizaran unos dispositivos para excluir a las tortugas (“DET”) en sus redes cuando pescaran en zonas donde había una probabilidad considerable de encontrar tortugas marinas.

Por su parte, el artículo 609 de la Public Law 101-102, ya impugnada en el *Caso Estados Unidos-Camarones*, exigía, para la importación del camarón, la certificación que había sido pescado con tales dispositivos, a no ser que se acreditara que la nación en cuestión contaba con un programa regulatorio y una tasa de capturas incidentales comparable a la de los Estados Unidos, o que el entorno particular de la pesca en esa nación no representaba ninguna amenaza para las tortugas marinas.

Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación fueron adoptados en 1998. El Grupo Especial consideró que la prohibición impuesta por los Estados Unidos era incompatible con el Artículo XI del Acuerdo General y no podía ampararse en el Artículo XX por ser discriminatoria. En efecto, Estados Unidos ofrecía a los países del hemisferio occidental, principalmente del Caribe, asistencia técnica y financiera y unos períodos de transición más largos para que sus pescadores empezaran a utilizar los dispositivos para excluir a las tortugas. Por el contrario, no ofrecía las mismas ventajas a los cuatro países asiáticos (la India, Malasia, Pakistán y Tailandia) que presentaron la reclamación en la OMC.

En este sentido, conviene destacar que la OMC ha sido enfática en destacar que “los Estados Unidos perdieron el caso, no porque pretendieran proteger el medio ambiente sino porque discriminaban a algunos Miembros.”⁽⁴⁶⁾ En su informe, el Órgano de Apelación afirmó que, de conformidad con las normas de la OMC, los países tienen derecho a adoptar medidas comerciales para proteger el medio ambiente (en particular, para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y para proteger a las especies amenazadas y los recursos agotables).⁽⁴⁷⁾ La OMC no tiene que

(46) Ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis08_s.htm

(47) “[...] la protección y conservación de especies altamente migratorias de tortugas marinas es decir, el mismo objetivo de política ambiental de la medida, exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas. La necesidad y conveniencia de tales esfuerzos han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales.” Párrafo 124 del informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/RW (*Caso Camarón-Tortugas*) del 22 de octubre de 2001

“atribuirles” este derecho, declarándose la compatibilidad de la medida de aplicación con el párrafo g) del Artículo XX del GATT de 1994 pero no con su preámbulo que prohíbe la implementación de medidas discriminatorias.

Malasia argumentó que Estados Unidos debió haber logrado concluir un AMUMA antes que una restricción comercial pudiera imponerse. No obstante, el Órgano de Apelación consideró que no existía un requerimiento absoluto de que los países tuvieran que asumir negociaciones multilaterales antes que se les permitiera aplicar medidas comerciales. En consecuencia, aunque las disposiciones unilaterales son en principio permisibles, dependiendo de cómo estén diseñadas, las regulaciones comerciales adoptadas en el contexto de un AMUMA deberían ser más fácilmente justificables ante la OMC. La OMC claramente prefiere, en las decisiones de los paneles designados para la solución de conflictos, este tipo de disposiciones, sin embargo para algunos las medidas unilaterales son deseables en ciertos contextos.⁽⁴⁸⁾

El Órgano de Apelación consideró entonces que esta discriminación entre productos similares podría estar justificada bajo el Artículo XX, a pesar de esta autorización en su criterio Estados Unidos aplicó el embargo contra todas las exportaciones de camarones de un país, aunque éste pudiera demostrar que adoptó medidas de protección a las tortugas marinas comparables a aquéllas de Estados Unidos.⁽⁴⁹⁾ El

e informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R (*Caso Estados Unidos-Camarones*), adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 89.

Los instrumentos y declaraciones internacionales ambientales citados son el Principio 12 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el inciso i) del párrafo 2.22 del Programa 21, artículo 5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Apéndice I de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, la Convención Interamericana sobre para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas. Ver Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168, WT/DS58/AB/R (*Caso Camarón-Tortugas*) del 12 de octubre de 1998.

(48) Por ejemplo, SRINIVAS (K. Ravi), “Turtles, Trade and Unilateral Measures: Reframing the Debate”, en *Economic and Political Weekly*, 8 de febrero del 2003, en <http://www.epw.org.in>

(49) Con motivo de la apelación, el Órgano señalado al efecto constató que la medida en cuestión reunía las condiciones para acogerse a las dispo-

proceso de certificación país por país, instaurado por Estados Unidos, no satisfizo tampoco las condiciones del preámbulo del Artículo XX.⁽⁵⁰⁾

Como consecuencia de esta resolución, Estados Unidos reformó su legislación en varios aspectos, incluyendo permitir la importación del camarón recolectado por embarcaciones comerciales particulares, que utilizan instrumentos de protección a las tortugas similares en efectividad a aquéllos requeridos por este país.

En la segunda disputa del caso ante la OMC, en el 2001, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación resolvieron que las nuevas medidas diseñadas por Estados Unidos eran compatibles con el GATT, por lo que continúan vigentes hoy en día. La resolución "*Camarones-Tortugas*" contiene una innovación fundamental que revirtió lo sucedido en casos anteriores al declarar que los grupos especiales de la OMC pueden

siciones del apartado g) del Artículo XX, como justificación provisional, pero no cumplía los requisitos del preámbulo (párrafo introductorio) del Artículo XX. Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la medida estadounidense no estaba amparada por el artículo XX del Acuerdo General: "[...] aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del Artículo XX del GATT de 1994, esta medida ha sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX." Párrafo 186 de la resolución del Órgano de Apelación en WT/DS58/AB/R (Caso Camarón-Tortugas) del 12 de octubre de 1998.

- (50) Al efecto, conviene señalar lo no resuelto por el Órgano de Apelación: "Al llegar a estas conclusiones, deseamos subrayar aquello que no hemos decidido en esta apelación. No hemos decidido que la protección y preservación del medio ambiente no tenga importancia para los Miembros de la OMC. Evidentemente la tiene. *No* hemos decidido que los países soberanos que son Miembros de la OMC no puedan adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, tales como las tortugas marinas. Evidentemente pueden o deben hacerlo. Y *no* hemos decidido que los Estados soberanos no deban actuar conjuntamente en forma bilateral, plurilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger a las especies amenazadas o proteger de otra forma al medio ambiente. Evidentemente, deben hacerlo y de hecho lo hacen." Párrafo 185 del informe del Órgano de Apelación, en WT/DS58/AB/R (Caso Camarón-Tortugas) del 12 de octubre de 1998.

aceptar intervenciones de “amicus curiae” de las ONG o de otras partes interesadas.⁽⁵¹⁾ La apertura hacia sectores no implicados directamente en la controversia contribuirá, en nuestro criterio, a incrementar la transparencia en este foro.

Para Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK, el *Caso “Camarón-Tortugas”* demuestra que una regulación, con un objetivo cuidadosamente delineado y destinada a excluir productos determinados, tomada sobre la base de la forma en que bienes específicos son producidos –sin considerar el país o la compañía de la que provienen–, pueden ser compatibles con el GATT. No obstante, agregan que, en virtud de la complejidad del debate, cuando el daño ambiental está confinado a la localidad del proceso de producción, las medidas ambientales no son fáciles de justificar. Las distintas locaciones geográficas difieren en su capacidad de asimilar la contaminación, dependiendo de factores como el clima, la densidad de la población, los niveles de polución y las preferencias de riesgo prevalentes. Las regulaciones ambientales elaboradas para los países industrializados, con altas densidades de población y ambientes que han sido sujetos a contaminación por los últimos 200 años, pueden devenir totalmente inapropiadas para los países en vías de desarrollo, con densidades de población y niveles de contaminación heredados a menudo mucho menores. Aún así, las medidas comerciales fundamentadas en el procedimiento de producción del bien pueden pretender imponer estándares más altos. Llevado a un extremo, este razonamiento podría negar la base de la ventaja comparativa, que descansa en la premisa que los países poseen distintas estructuras de costo para la producción de bienes diversos. Por este motivo no es sorprendente que muchos países en desarrollo conciban como proteccionistas los motivos de aquéllos que buscan introducir los procesos de producción de los bienes en el debate.⁽⁵²⁾

El panorama es otro, sin embargo, cuando se trata de daño ambiental transfronterizo o global, pues el impacto del procedimiento de manufactura del producto no se encuentra confinado, en cuanto a

(51) SRINIVAS considera que la participación de las ONG en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC debería ser bienvenida pues realza la legitimidad de esta institución incorporando los enfoques, voces e intereses de aquellos excluidos del proceso, *op. cit.*

(52) Ver Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK, *op. cit.*, p. 7.

sus efectos, al país de origen. Particularmente en los casos en que el uso de la energía se encuentra implicado, como en efecto se halla en casi todos los procesos productivos, la contaminación es el resultado del procedimiento y no del bien. Las tentativas de reducir energía con el objetivo de mitigar el cambio climático a través de, por ejemplo, impuestos a la utilización de la energía o al carbón, suelen ser aplicadas a los procesos productivos.

Los esquemas de eco-etiquetado y los enfoques del ciclo de vida tienen también la atención concentrada en la forma en que tales productos son manufacturados, cultivados o recolectados, así como en las características del bien como tal. Justamente, la idea subyacente al eco-etiquetado es proveer información acerca de las diferencias en las características entre productos similares. Vale preguntarse qué sucedería si fuera impugnada en la OMC la medida, propuesta por los Países Bajos, que exige el eco-etiquetado para los productos de madera. Nótese que se trata de disposiciones que son adoptadas normalmente por países de mayores ingresos y cuya implementación significa normalmente erogaciones significativas para los países en desarrollo.

Tradicionalmente se ha afirmado que el GATT descarta cualquier discriminación fundamentada en la forma en que los productos son manufacturados, capturados o cultivados, sin embargo, contrario a la creencia general, en otras áreas tal discriminación es permitida. Tanto el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio, regulan algunos aspectos relativos a cómo son producidos los bienes, permitiendo a los países importadores discriminar contra las mercancías si se manufacturan utilizando subsidios excesivos o propiedad intelectual indebidamente obtenida.⁽⁵³⁾ De la misma forma, el Artículo XX del GATT, nuevamente, permite discriminar contra los artículos producidos con mano de obra penitenciaria.

B. El escrutinio de las medidas gubernamentales de protección a la salud

Uno de los primeros casos planteados en la OMC, fue iniciado por una reclamación de Venezuela, y posteriormente Brasil, contra los

(53) Al respecto, ver BRACK (Duncan) y BRANCZIK (Thomas), *op. cit.*, pp. 6-7.

Estados Unidos por su Ley de Protección de la Calidad del Aire y la Reglamentación sobre Gasolinas, conocido como “*Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*”. En esta oportunidad, el tema en discusión fue determinar si esta normativa contenía medidas discriminatorias contra la gasolina importada favoreciendo las refinerías nacionales. De la misma forma, el informe del Grupo Especial sí fue adoptado en 1996, teniendo como consecuencia la emisión de nueva legislación estadounidense en agosto de 1997. El Órgano de Apelación determinó, en última instancia, que la gasolina importada y doméstica químicamente idénticas eran productos similares, sin reparar en los estándares ambientales de los productores.⁽⁵⁴⁾

En el caso de las regulaciones relativas a productos de amianto y sus derivados, Canadá desafió la prohibición total de estos productos, contenida en el Decreto No. 96-1133 del gobierno francés, arguyendo que los materiales de construcción que contuvieran amianto y aquéllos que no lo tuvieran deberían ser tratados como productos similares. Las Comunidades Europeas (CE), en representación de Francia, asumieron la defensa argumentando que el amianto es un cancerígeno que ocasiona la muerte de más de 2,000 personas, solamente en Francia y que, bajo el régimen de la OMC, tenían el derecho de establecer sus propios estándares de seguridad. El Órgano de Apelación, determinó que sí se infringía el párrafo cuarto del Artículo III, no obstante, que tal tratamiento estaba justificado en su aplicación por constituir una excepción de acuerdo al apartado b) del Artículo XX y la adecuación a las disposiciones de la introducción general del Artículo XX del GATT de 1994.⁽⁵⁵⁾

(54) El Grupo Especial constató que la Reglamentación sobre Gasolinas era incompatible con el Artículo III, y no podía ampararse en los apartados b), d) o g) del Artículo XX. Con posterioridad, el Órgano de Apelación observó, en el procedimiento de apelación contra las constataciones del Grupo Especial sobre el apartado g) del Artículo XX, que las normas de establecimiento de las líneas de base que contenía la Reglamentación sobre Gasolinas estaban incluidas en el ámbito del apartado g) del Artículo XX, pero no cumplían las prescripciones del “preámbulo” (párrafo introductorio) del Artículo XX. Recuérdese que dicho preámbulo se refiere a la imposibilidad de imponer medidas que constituyan una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.

(55) Se determinó que la parte del Decreto relativa a las “excepciones” queda incluida en el ámbito de de aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos

Con respecto a los objetivos de salud pública de Francia presentados por las CE, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las CE habían aportado un principio de prueba de que no existe una alternativa que esté razonablemente al alcance de las partes a la prohibición del crisotilo y los productos de crisotilo-cemento y al recurso a los productos sustitutivos. Canadá no rebatió la “presunción”

Técnicos al Comercio, mas no la sección correspondiente a la “prohibición”. No obstante, como Canadá no formuló ninguna alegación acerca de la compatibilidad de la parte del Decreto relativa a las excepciones con el Acuerdo de la OMC, el Grupo Especial se abstuvo de llegar a una conclusión al respecto. Párrafo 9.1.a. De la misma forma, al calificar como reglamento técnico al Decreto francés, el Grupo Especial estableció: “A nuestro juicio, no se puede determinar la naturaleza jurídica exacta de la medida en litigio a menos que se examine la medida en su conjunto. El artículo 1 del Decreto contiene amplias prohibiciones generales del amianto y de los productos que contienen amianto. Sin embargo, el alcance y la generalidad de esas prohibiciones sólo pueden entenderse a la vista de las excepciones a ellas, excepciones que, aunque durante un plazo limitado, *permiten*, entre otras cosas, la utilización de determinados productos que contienen amianto y, principalmente, de productos que contienen fibras de amianto crisotilo. Por consiguiente, la medida es una prohibición *total* de las fibras de amianto, porque también incluye disposiciones que *permiten*, durante un plazo limitado, la utilización de amianto en ciertas situaciones. Así pues, si se califica a la medida simplemente de prohibición general, y si se la examina como tal, se hace caso omiso de las complejidades de la medida, que incluyen elementos tanto prohibitivos como permisivos. Además, observamos que las excepciones establecidas en la medida no tendrían significado jurídico autónomo si no hubiera prohibiciones. En consecuencia, concluimos que la medida en cuestión ha de examinarse como un todo integrado, teniendo en cuenta, según sea procedente, los elementos prohibitivos y permisivos que forman parte de ella. (...) Considerando la medida como un todo integrado, vemos que en ella se establecen las “características” de todos los productos que pueden contener amianto, y vemos también que en ella se establecen las “disposiciones administrativas aplicables” a ciertos productos que contienen fibras de amianto crisotilo y que se excluyen de las prohibiciones establecidas en la medida. En consecuencia, constatamos que la medida es un “documento” en el que “se establecen las características de un producto [...], con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria”. Por estas razones, concluimos que la medida constituye un “reglamento técnico” a los efectos del *Acuerdo OTC*. Párrafos 64 y 75 del informe Órgano del Apelación, WT/DS135/AB/R del 12 de marzo de 2001.

establecida por las CE. El Órgano de Apelación estimó, además, que los comentarios de los expertos consultados durante el procedimiento confirmaron la posición de las CE,⁽⁵⁶⁾ llegando a la conclusión de que el Decreto satisfacía las condiciones enunciadas en el preámbulo del Artículo XX.⁽⁵⁷⁾

En este caso, el Órgano de Apelación designado revirtió gran parte de lo resuelto por el Grupo Especial. En particular estableció que el decreto impugnado en su integralidad sí constituía una regulación técnica bajo el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. En esta instancia también se consideró que debían considerarse los riesgos asociados con fibras de crisotilo, al estudiar la similitud bajo el Artículo III.4 del GATT 1994. En criterio de este Tribunal, Canadá no satisfizo su carga de la prueba demostrando que estas fibras y los productos basados en el crisotilo-cemento fueran equivalentes. En efecto, en el informe inicial del Grupo Especial, la definición de “productos similares”, de acuerdo al Artículo III del GATT fue interpretado ampliamente, por el contrario, el Artículo XX (b) fue objeto de una interpretación restrictiva. Aún con estas restricciones hermenéuticas, el Decreto francés fue eximido de la aplicación de los principios prevalentes del GATT en este informe.

La conclusión del Órgano de Apelación determinó que aún cuando dos productos son juzgados como similares bajos los términos del Artículo III del GATT, pueden ser tratados en forma distinta a través de una regulación mientras esto no lleve a una discriminación sistemática contra las importaciones. Mientras las regulaciones relevantes sean imparciales y equitativas entre los productos importados y los domésticos, y enfocadas en objetivos apropiados –en el caso del amianto tales fines constituían los impactos en la salud del producto–, entonces serían congruentes con la OMC. El litigio reviste particular importancia pues se trata de la primera ocasión, en la historia del GATT y la OMC, en que se consideró que una violación a los principios generales de esta institución era legítima pues se adecuaba a las excepciones del Artículo XX (b) en materia sanitaria y de protección de la vida humana.

(56) Párrafo 162 del informe del Órgano de Apelación en WT/DS135/AB/R del 12 de marzo del 2001.

(57) Párrafo 192 f) del informe del Órgano de Apelación en WT/DS135/AB/R del 12 de marzo del 2001.

Una vez que se conoció el reporte del Órgano de Apelación, las opiniones más optimistas afirmaron que el caso ha cimentado las percepciones de la capacidad de la OMC para adecuarse a las preocupaciones de desarrollo sostenible domésticas e internacionales, particularmente con relación a la salud pública. Las decisiones finales del Grupo Especial levantaron, no obstante, el recelo de organizaciones ambientales y de salud, pues estimaron que no se le confirió suficiente importancia a la naturaleza, dañina para la vida humana, del amianto y de las fibras de amianto. En contraste, los razonamientos del Órgano de Apelación recibieron una aprobación cautelosa por parte de estas comunidades. Otros, aún, creen que el informe del Órgano de Apelación puede estar basado implícitamente en un enfoque precautorio, y demuestra la utilidad de este debatido principio como una herramienta que asista en la toma de decisiones con relación a las medidas económicas relativas a objetivos de salud y sociales.⁽⁵⁸⁾

Efectivamente, aún en el caso *Comunidades Europeas/Medidas que afectan la carne y productos cárnicos (Hormonas)*, el Órgano de Apelación designado consideró que no se trata de un principio reconocido del derecho internacional. Al efecto, el informe de este Órgano dispuso que “la condición del principio precautorio en el derecho internacional continúa siendo objeto de debate entre los académicos, los practicantes del derecho, los funcionarios y los jueces. El principio precautorio es concebido como un principio internacional del derecho de la costumbre internacional ambiental. Su aceptación por los Miembros de la OMC como un principio general o de la costumbre del derecho internacional es menos que clara. Consideramos, sin embargo, que es innecesario y probablemente imprudente, que el Órgano de Apelación en esta decisión tome una posición acerca de esta pregunta importante pero abstracta. Señalamos que el Grupo Especial no llegó a una conclusión definitiva con relación a la condición del principio precautorio en el derecho internacional, el cual, al menos fuera del ámbito del derecho internacional ambiental, aún espera por una formulación vinculante.”⁽⁵⁹⁾

(58) Con esta posición, ver CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), “The WTO and Precaution: Sustainable Development Implications of the WTO Asbestos Dispute”, en *Journal of Environmental Law*, Oxford University Press, Volumen 15, Número 3, 2003, p. 291.

(59) Ver WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R del 16 de enero de 1998, párrafo 123.

Los casos citados demuestran que el argumento de la distinción entre el proceso de producción y el bien como tal ha evolucionado totalmente a través de la resolución de disputas y no mediante las negociaciones políticas en la OMC. Incluso, el tema no figura del todo en las negociaciones de la Ronda de Doha.

IV. LA CONSOLIDACIÓN INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

En nuestra opinión, el arraigo de este principio debe aún cimentarse con más resoluciones en el ámbito de la OMC, sin embargo, las pistas hacia este afianzamiento están dadas. En efecto, por una parte, se ha argumentado que se trata de un principio aún demasiado nuevo e indefinido para guiar apropiadamente a los tomadores de decisiones o para ser ponderado por la ley. Los Estados Unidos y Australia son los países, con peso categórico en el comercio internacional, que insistentemente se han opuesto al reconocimiento del principio precautorio como un precepto vinculante dentro de la costumbre internacional.

El principio precautorio se encuentra en la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo.⁽⁶⁰⁾ Aunque esta Declaración es un instrumento internacional de naturaleza no vinculante, el principio precautorio ha ganado aceptación en años recientes en el derecho internacional de los tratados. Justamente, el Principio 15 de la Declaración de Río se reproducen en forma casi idéntica en el preámbulo del Convenio de Diversidad Biológica de 1992; en el artículo 3, relativo a los principios, de la Convención Marco de Cambio Climático, también del año 1992; en la Convención de París sobre la Protección del Ambiente Marino del Atlántico Noreste del mismo año; y en la Protocolo de Bioseguridad de Cartagena del 2000, negociado en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica. En este último instrumento, relativo a la transferencia, manejo y utilización segura de los organismos vivos modificados mediante la biotecnología,

(60) El Principio 15 declara: “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”, *Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, 1992.

se ha confirmado la función esencial del “enfoque precautorio”, como se le denominó, evidenciando la polémica que siempre suscita y que se resiste a conferirle la categoría de principio. El artículo 10, párrafo sexto, establece que la ausencia de certeza científica, debida a información científica relevante insuficiente y al escaso conocimiento relativo a la extensión de los efectos adversos potenciales en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, en la Parte importadora, tomando en cuenta también los efectos adversos sobre la salud humana, no puede prevenir a esta Parte de tomar una decisión apropiada con relación a la importación del organismo vivo modificado en cuestión. Este instrumento contribuye a cimentar la condición del principio precautorio como fuente del derecho internacional, lo cual podría incidir en la resolución de disputas de la OMC.⁽⁶¹⁾

En efecto, para algunos analistas, este instrumento podría proporcionar el primer terreno de prueba para el choque entre los AMUMAs y el régimen de la OMC.⁽⁶²⁾ Conviene ser realista y no pretender que el principio precautorio sea el remedio legal por excelencia o que pueda ser utilizado en todas las situaciones. No obstante, es una herramienta útil para proveer una respuesta sistemática al problema de la incertidumbre científica en la toma de decisiones en materia ambiental y sanitaria. En este sentido, el principio precautorio reviste dos etapas distintas. En primer lugar, se encuentra la decisión política de actuar o de no actuar, que se encuentra indefectiblemente ligada a los factores que desencadenan el recurso al principio precautorio. En esta etapa, es necesario identificar los efectos potencialmente negativos de la acción, para lo cual se requiere usualmente de una investigación científica. Y, una vez que los efectos potenciales son identificados, debe realizarse una evaluación del riesgo. Si no fuera posible llevar a cabo una evaluación de riesgo integral, deben efectuarse todos los esfuerzos por evaluar la información científica disponible.⁽⁶³⁾ Por último, si se adopta una acción, el principio precautorio

(61)

(62) Ver BRACK (Duncan) y BRANCZIK (Thomas), *op. cit.*, p. 9.

(63) Sobre el particular ver CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, pp. 292-293. Los autores agregan que la incertidumbre científica es normalmente el resultado de cinco características del método científico: la variable escogida, las medidas realizadas, las muestras tomadas, los modelos utilizados y la relación causal empleada.

debe guiar tal medida. Empero, la respuesta no siempre significa que deben acordarse acciones, bien puede decidirse no llevar a cabo precaución alguna. La expresión apropiada es entonces el resultado de una decisión política que determina el nivel de riesgo que es aceptable para la sociedad en que se impone. En el mismo sentido, el recurso al principio precautorio no significa necesariamente la adopción de instrumentos designados a producir efectos legales sujetos a revisión judicial.

Un aspecto importante es que los legisladores y los tomadores de decisiones, en virtud del principio de precaución, pueden revertir la carga de la prueba requiriendo que las sustancias cuestionadas sean catalogadas como peligrosas hasta que se demuestre lo contrario, y que el sector empresarial y comercial lleve a cabo investigaciones científicas que evalúen el riesgo. Mientras el riesgo para la salud humana, vegetal o animal no se evalúe con suficiente seguridad, no se podría autorizar el uso de estas sustancias salvo excepcionalmente para propósitos de prueba.

En la Unión Europea el principio precautorio se encuentra generalmente aceptado y es particularmente importante para la protección ambiental y la salud humana, animal y vegetal. Este reconocimiento se ha alcanzado no sólo a nivel legislativo, sino también en el contexto judicial europeo y de políticas gubernamentales.⁽⁶⁴⁾ Valga al efecto rescatar los artículos 6, 95.3, y 152 primer párrafo del Tratado de las Comunidades Europeas que establecen obligaciones para la Comisión, el Parlamento y el Consejo con el objetivo de garantizar la protección de la salud, seguridad y protección ambiental, con un enfoque de desarrollo sostenible. Normalmente, las medidas se determinan de acuerdo con una base científica satisfactoria, sin embargo, cuando existe un grado de preocupación por los peligros potenciales que pueden afectar el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal y, paralelamente, no existe suficiente información disponible para una evaluación del riesgo detallada, el principio precautorio ha sido aceptado políticamente como una estrategia de manejo del riesgo en diversos campos.⁽⁶⁵⁾

(64) Para un estudio concerniente a los textos legislativos, la jurisprudencia europea de la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia, así como de los enfoques precautorios en las políticas gubernamentales de esta región, ver CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, pp. 299-304.

(65) CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, p. 304.

En el contexto actual, con la reciente emisión del Protocolo de Bioseguridad y la aplicación consuetudinaria a nivel europeo del principio precautorio, es de suma importancia la resolución que la OMC adoptará por la reclamación que presentaron en mayo del 2003 Argentina, Canadá y Estados Unidos contra la moratoria de facto, instituida por la UE, impuesta a la aprobación y comercialización de los productos biotecnológicos, la cual está sujeta al etiquetado y a la trazabilidad de los organismos genéticamente modificados (OGM) y de los productos que contengan OGM. Estados Unidos alega que esta medida es inconsistente con el Acuerdo sobre MSF, el Acuerdo sobre OTC, el Acuerdo sobre Agricultura y el GATT mismo. Se trata, sin duda alguna, de una disputa álgida y controversial, que tratará el tema de la aceptación de los productos genéticamente modificados, hacia el cual el público y el gobierno europeo tienen una alta sensibilidad y reticencia, contrario a lo que sucede con sus homólogos estado-unidenses.⁽⁶⁶⁾

Referencias más tenues a este principio, pueden encontrarse en el preámbulo del Acuerdo que insta la OMC, donde se señala el compromiso con el desarrollo sostenible. De aquí también se puede derivar la responsabilidad de tomar en cuenta el principio precautorio en el contexto GATT/OMC pues, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el objeto y propósito de un tratado puede deducirse en parte consultando su preámbulo.

En el contexto de la OMC, la evaluación del riesgo se encuentra también integrada en el Acuerdo sobre MSF y en el Acuerdo sobre OTC. No puede afirmarse, empero, que el principio precautorio se encuentre taxativamente contemplado.⁽⁶⁷⁾ No obstante, ciertas previsiones incorporan nociones del principio precautorio, aunque las medidas que se adopten en un contexto de evidencia científica inadecuada deben respetar determinadas condiciones.⁽⁶⁸⁾ Aunque estas condiciones se insertan únicamente en el marco del Acuerdo MSF, la naturaleza

(66) Se espera que las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación se encuentren listas para finales del 2004 o durante el 2005.

(67) En criterio de BRACK y BRANCZIK, se trata de una versión débil del principio precautorio, op.cit., p. 6.

(68) Por ejemplo, el Artículo 5.7 del Acuerdo MSF dispone: "Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá

específica de otros ámbitos más amplios, como el medio ambiente o las políticas de salud, pueden requerir que se apliquen preceptos distintos.

Bajo el párrafo 2.2 del Acuerdo sobre OTC, las regulaciones técnicas no pueden ser más restrictivas de lo necesario para asegurar un objetivo legítimo.⁽⁶⁹⁾ Duncan BRACK y Thomas BRANCZIK precisan que se ha interpretado que esta disposición incluye las regulaciones ambientales que actualmente comprenden el control de la contaminación atmosférica y de los químicos peligrosos, aunque no se ha clarificado el significado de “más restrictivas de lo necesario” e “innecesario obstáculo al comercio” en este Acuerdo.⁽⁷⁰⁾ Hasta el momento, no se existe casi experiencia con relación a la forma en que un procedimiento de solución de diferencias solucionaría la interpretación de estas frases.

A. El caso comunidades europeas/hormonas: la apatía de la OMC por el principio precautorio

En el *Caso Comunidades Europeas/Hormonas*, las CE prohibieron la venta de ganado que ha crecido con la asistencia de infusiones de hormonas artificiales, asunto acerca del cual el consumidor europeo

adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.” Ver *Acuerdo sobre MSF*.

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

(70) BRACK y BRANCZIK, *op. cit.*, p. 5.

es muy susceptible. Estados Unidos alega que el método mediante el que aplican las hormonas es totalmente seguro para la ingestión humana y que las CE no tienen base científica para la reglamentación, lo que perjudica las exportaciones estadounidenses a la UE. Las CE respondieron que no tenían la obligación de dar una justificación científica. El informe del Órgano de Apelación estableció que la evaluación de riesgo se encontraba incorporada al Artículo 5.7 del Acuerdo MSF.⁽⁷¹⁾ Lo mismo podría aplicarse para el párrafo sexto del preámbulo y al Artículo 3.3 de este Acuerdo, pues ambos reconocen el derecho de las Partes a determinar el nivel que juzguen apropiado de protección sanitaria, el cual podría ser más alto que el contemplado en los estándares, guías y recomendaciones internacionales existentes; generalmente las regulaciones internacionales son más exigentes que las domésticas, especialmente para los países en desarrollo.

En esta disputa, la evaluación del riesgo respaldada por la certeza científica fue el factor fundamental a considerar para la resolución del caso. El Órgano de Apelación decidió que la prohibición de importar carne con las hormonas en cuestión podría justificarse mientras la UE proveyera evidencia científica convincente sobre su peligro para la salud humana. Cuando la UE no presentó la prueba en el plazo previsto, la OMC autorizó a Estados Unidos a imponer tarifas a categorías específicas de exportaciones europeas. Como precisamos, el Órgano de Apelación no consideró que el principio de precaución estuviera ya consolidado como un principio general del derecho internacional. Esta conclusión significa que “habrá una oportunidad para los países exportadores de desafiar las normas de los países importadores y requerir al país importador para que justifique la norma sobre la base de ‘ciencia compatible’, [lo cual] hace surgir miedos substanciales de que los paneles del GATT tenderán a regular contra las normas que vayan más allá del común denominador más bajo de las normas ambientales nacionales en el sistema GATT/OMC.”⁽⁷²⁾

Este caso no se trataba sobre discriminación, pues la UE también prohíbe a sus propios productores utilizar las hormonas controvertidas. Se suscita entonces la pregunta de cómo pueden establecer

(71) Ver *Comunidades Europeas/Hormonas*, párrafo 120, Informe del Órgano de Apelación. WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R del 16 de enero de 1998.

(72) JACKSON (John H.), *op. cit.*, p. 35.

apropiadamente estándares en esta materia en las ocasiones en que no existe conocimiento científico certero. Aún si una norma no es discriminatoria en el lenguaje y en la práctica, surgen las discusiones acerca de los estándares mínimos. ¿Debe considerarse en estos casos la aplicación del principio precautorio, familiar para los instauradores de políticas ambientales, particularmente cuando los costos de las acciones son bajos y los riesgos de la inacción altos?

No obstante, el principio precautorio se reconoce en el informe del Órgano de Apelación del caso “*Estados Unidos-Camarones*”, donde se citan principios internacionales, convencionales y de la costumbre como asistencias relevantes para la interpretación. En opinión de Marie-Claire CORDONIER y Markus W. GEHRING, el Órgano de Apelación designado debería utilizar los principios del derecho internacional del desarrollo sostenible, incluyendo al principio precautorio, como una guía para interpretar los Acuerdos de la OMC en el desarrollo de su jurisprudencia.⁽⁷³⁾

La OMC, como cualquier sistema o subsistema legal, no puede abstraerse de la ampliación de las fuentes del derecho internacional público.⁽⁷⁴⁾ Para MURASE, los artículos del GATT deberían interpretarse no sólo de acuerdo a su texto e historia legislativa, sino también ponderando la “práctica subsiguiente” de los Estados, de conformidad con el Artículo 31 párrafo tercero de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁽⁷⁵⁾ Efectivamente, en el comentado caso “*Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*”, el Órgano de Apelación indicó que el sistema de la OMC, como cualquier otro subsistema legal, no podía ser construido en aislamiento del resto de las fuentes del derecho internacional público.⁽⁷⁶⁾ Se ha propuesto, entonces, que cuando ciertas circunstancias no estén

(73) CORDONIER SEGGER (Marie-Claire) y GEHRING (Markus W.), *op. cit.*, p. 307.

(74) Ya en la *Decisión sobre Ambiente y Desarrollo* de 1994, la Conferencia Ministerial “toma nota” de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y del Programa 21, *op. cit.*

(75) MURASE (Shinya), *op. cit.*, p. 4.

(76) Artículo 31.1 del informe del Órgano de Apelación, ver WT/DS2/9 del 20 de mayo de 1996.

específicamente contempladas con el Acuerdo MSF, la OMC debería, aún así, aplicar el principio precautorio cuando sea pertinente.

CONCLUSIONES

Los intentos por tratar “el problema de los AMUMAs” no han sido del todo exitosos. Por ejemplo, la Comisión de Comercio y Medio Ambiente de la OMC no ha podido lograr una solución “legislativa”. Y, por su parte, el Artículo XX del GATT, la regulación que permite la exención, y el artículo 104 del TLCAN constituyen soluciones menos que satisfactorias. Desde que este tema comenzó a preocupar a los funcionarios encargados del diseño de políticas y al público en general, nuevos acuerdos que suscitan “el problema de los AMUMAs” han sido negociados, principalmente la Convención de Róterdam acerca del Consentimiento Previo Informado en el Comercio Internacional para Ciertos Químicos y Pesticidas Peligrosos y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad. Para David A. WIRTH, del Boston College Law School, la persistencia “del problema de los AMUMA” tiene el potencial de generar un “efecto congelante” en medidas comerciales necesarias y efectivas en los nuevos acuerdos ambientales por negociar,⁽⁷⁷⁾ como aquéllas incluidas en el Protocolo de Montreal.

La amplia agenda de negociación de la OMC tiene impactos contundentes en varias áreas de política gubernamental. Asimismo, existe un número creciente de AMUMAs que contemplan medidas comerciales y, paralelamente, una cantidad importante de países que deciden no ratificar estos acuerdos. Desde una perspectiva ambiental, la jurisprudencia de la OMC ha evolucionado de forma más receptiva a preocupaciones ambientales y sanitarias. Sin embargo, las decisiones del panel de solución de diferencias pueden ser revertidas pues los antecedentes no obligan a los árbitros. En consecuencia, el “efecto congelante” continúa teniendo un efecto negativo en las negociaciones de los AMUMA. La necesidad de una solución legal que proporcione seguridad jurídica resulta vital en esta esfera.

(77) WIRTH, David A., *Multilateral Environmental Agreement in the Trade and Environment Debate*, Seminario para suscitar la conciencia de temas de libre comercio en la sociedad civil, Ecologic-Institute for International and European Environmental Policy, Szentendre, 10 de mayo del 2004, p. 3.

La Comisión Europea y otros miembros de la OMC realizan esfuerzos para consolidar la posición de los AMUMAs, no obstante, se requiere que tales afanes sea secundados por más actores, incluyendo los sociales. Al respecto, se han avanzado varios resultados derivados de las negociaciones en curso:

- La codificación de las reglas existentes, sin condicionar la posibilidad de asumir negociaciones en otros foros.
- Aumentar las sinergias y mejorar la coherencia entre los Secretariados de los AMUMAs. Debe recordarse que estos acuerdos son cuerpos legales autosuficientes con Partes, objetivos y estructuras institucionales distintas. Aunque un enfoque común al comercio podría ser beneficioso, las ventajas específicas de los acuerdos existentes, como la flexibilidad y la innovación, no deberían ser obviados o comprometidos.
- Integración profunda del desarrollo económico y los objetivos ambientales. En cuanto a esta propuesta, en general los países en desarrollo temen que las regulaciones ambientales signifiquen una pérdida del acceso a los mercados. Aunque no existe una solución única a este problema, se ha sugerido una participación más decisiva de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) en las discusiones, lo cual podría aumentar el grado de credibilidad. De la misma forma, las iniciativas podrían fundarse en los proyectos existentes entre el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la UNCTAD.⁽⁷⁸⁾

(78) *The Relationship between MEAs and WTO Rules and EU Trade Policy Making-Policy Brief*, Seminario para suscitar la conciencia de temas de libre comercio en la sociedad civil, Ecologic-Institute for International and European Environmental Policy, Szentendre, 10 de mayo del 2004, p. 4.