

CAPÍTULO XII. La negociación de modificaciones normativas: una opción para favorecer el desarrollo sostenible . . . . .	367
I. La adopción de modificaciones normativas de alcance general. . . . .	369
1. Las enmiendas formales de las normas del sistema multilateral de comercio . . . . .	369
2. Las interpretaciones definitivas de los acuerdos comerciales . . . . .	379
II. Las exenciones o modificaciones de obligaciones comerciales de alcance limitado . . . . .	388
1. Las exenciones ( <i>waiver</i> ) de las obligaciones comerciales . . . . .	388
2. La modificación de obligaciones derivadas de los acuerdos comerciales mediante acuerdos bilaterales o multilaterales . . . . .	390
III. La adopción de líneas directrices . . . . .	393
1. Una directriz interpretativa para examinar la compatibilidad de las medidas comerciales multilaterales con las normas de la OMC . . . . .	394
2. La creación de un mecanismo consultivo voluntario . . . . .	395

## CAPÍTULO XII

### LA NEGOCIACIÓN DE MODIFICACIONES NORMATIVAS: UNA OPCIÓN PARA FAVORECER EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La negociación puede ser una vía efectiva para forjar los cambios necesarios en las normas el sistema multilateral de comercio (SMC) con el fin de lograr que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible.<sup>1</sup> En relación con esta opción de modificación de las obligaciones comerciales, conviene apuntar que en el marco de toma de decisiones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ha abierto una pequeña ventana para tratar temas ambientales.

Por primera vez en la historia del régimen del comercio internacional, la denominada *Ronda del Desarrollo*, incluye en su programa de trabajo temas relacionados con la protección del medio ambiente.<sup>2</sup> No obstante, es importante no perder de vista que las soluciones que pueden resultar de esta Ronda para los problemas que enfrentan a los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) con el régimen del comercio internacional, en el mejor de los casos, serán limitadas, pues quedaron excluidos de su mandato los puntos más espinosos. La Declaración Ministerial de Doha únicamente ordena analizar la relación existente entre las normas de la SMC y las restricciones comerciales específicamente autorizadas por AMUMA que se aplican entre países parte en dichos acuerdos. Quedan así fuera del mandato, no sólo las medidas unilaterales, sino también las medidas comerciales no específicas o las específicas

<sup>1</sup> WTO Secretariat, *Trade, Development and the Environment*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 46.

<sup>2</sup> Véase párrafo 31, (i) de la Declaración Ministerial de Doha, del 9 al 14 de noviembre de 2001, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre de 2001.

que se aplican a Estados no parte en el AMUMA.<sup>3</sup> Las anteriores razones inducen a pensar que la solución negociada a las posibles interacciones negativas en este campo tendrá que esperar a que futuras rondas incluyan un mandato más amplio y que los países miembros acudan a la mesa de negociaciones con la voluntad de adquirir compromisos.

Pese a que esta técnica de modificación de las obligaciones comerciales no parece ser una solución a corto plazo de estos problemas, es importante señalar que los cambios que pueden resultar de una negociación aportarían mayor previsibilidad, legitimidad y certeza jurídica al régimen internacional del comercio que la que podría lograrse a través del activismo judicial. Adicionalmente, siendo que los problemas que derivan de la relación entre los AMUMA y las normas de la OMC afectan a toda la comunidad internacional, lo más indicado sería que todos los países participaran en condiciones de igualdad en la formulación de las normas que habrán de regular la relación entre estos campos.<sup>4</sup>

Este capítulo está dedicado a analizar las distintas posibilidades que presenta la vía de la negociación para adoptar medidas que sirvan para corregir el desequilibrio entre las políticas comerciales y ambientales con el fin de favorecer el desarrollo sostenible. Para tal efecto, se estudia la viabilidad de realizar modificaciones a las obligaciones comerciales del SMC a través de enmiendas formales de los distintos acuerdos, de la adopción de interpretaciones definitivas de los acuerdos comerciales, exenciones de las obligaciones comerciales, de la firma de acuerdos internacionales y de la adopción de líneas directrices. Aunque las modificaciones que pueden lograrse son prácticamente ilimitadas, al ocuparnos de cada una de las técnicas descritas incluimos algunas propuestas concretas de cambios a las normas del régimen del comercio internacional con el fin de reflejar la diversidad de alternativas posibles.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Véase Shaw, S. y Schwartz, R. "Trade and the Environment in the WTO: State of Play", *Journal of World Trade*, vol. 36, núm.1, 2002, p. 153.

## I. LA ADOPCIÓN DE MODIFICACIONES NORMATIVAS DE ALCANCE GENERAL

Algunos países miembros de la OMC consideran que no hace falta cambiar las normas de la OMC para compaginarlas con las medidas comerciales previstas en los AMUMA. Sostienen que el *statu quo* de las normas, en particular las excepciones ambientales del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), reproducido parcialmente en el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), ofrecen un margen suficiente para aplicar las medidas comerciales previstas en los AMUMA de manera compatible con la OMC. Así, estos miembros afirman que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC tendrá capacidad de sobra para entender de las diferencias relacionadas con los AMUMA que puedan plantearse en el futuro.<sup>5</sup>

No obstante, para otros países la relación de las normas de la OMC y los AMUMA dista mucho de ser clara y sostienen que sería equivocado dejar a los grupos especiales o al órgano de apelación resolver una cuestión tan espinosa. En su opinión, es preferible que el acercamiento entre las normas de la OMC y los AMUMA se procure a través de la negociación en donde todos los Estados parte puedan participar en condiciones de igualdad.<sup>6</sup>

### 1. *Las enmiendas formales de las normas del sistema multilateral de comercio*

Es posible que a través de enmiendas formales del GATT y otros Acuerdos de la OMC los países miembros introduzcan en el régimen del comercio internacional los cambios necesarios para facilitar el apoyo mutuo entre los acuerdos comerciales y los AMUMA. En teoría, las po-

<sup>5</sup> CCMA en Sesión Extraordinaria, *Los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) y las normas de la OMC; propuestas realizadas en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de 1995 a 2002*, OMC Doc. TN/TE/S/1, 23 de mayo de 2002, párrafo II.1.

<sup>6</sup> Véase CCMA, *Aclaración de la relación entre la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente – Comunicación de Suiza*. OMC Doc. WT/CTE/W/139, 19 de octubre de 2000, párrafo 5; CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) – Comunicación de Suiza*, OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000, párrafo 7.

sibilidades que ofrece esta técnica para introducir cambios en el SMC son ilimitadas. No obstante, satisfacer las condiciones procedimentales para la adopción de una enmienda no es sencillo.

### A. *El procedimiento de enmienda*

El artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC regula el procedimiento de enmienda de los acuerdos comprendidos en su Anexo I, entre los que se encuentran el GATT, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), el AGCS y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).<sup>7</sup> Los miembros y los consejos encargados de supervisar los acuerdos del Anexo I tienen competencia exclusiva para presentar propuestas de enmiendas de tales acuerdos a la Conferencia Ministerial.<sup>8</sup>

El procedimiento de enmienda es complejo y se compone de dos fases. En la primera fase, el Consejo Ministerial decide preferentemente por consenso o, en su defecto, con la aprobación de dos terceras partes del total de miembros de la OMC si la enmienda propuesta se somete o no a la aceptación formal de los miembros.<sup>9</sup> Una vez satisfechos los requisitos procedimentales anteriores se pasa a la segunda fase, que consiste en decidir sobre la aceptación definitiva de la enmienda propuesta. Para surtir efecto las propuestas de enmienda de los artículos I y II del Acuerdo General, del

<sup>7</sup> Estos acuerdos están reproducidos y pueden consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra, Secretaría del GATT, 1994.

<sup>8</sup> Véase artículo X.1 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC —firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994— (*BOE*, 24 de enero de 1995, núm. 20).

<sup>9</sup> La nota al pie del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC dispone que se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso si ningún miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella. Esta definición de consenso afecta principalmente a los países más pobres que no siempre podrán costear el envío de representantes a todas las negociaciones. Los países más ricos, que sin duda tendrán siempre representación en las negociaciones de importancia, podrían aprovechar esta situación para imponer sus decisiones a otros miembros.

artículo II.1 del AGCS y del artículo 4o. del Acuerdo sobre los ADPIC requieren del consentimiento unánime de todos los miembros.<sup>10</sup>

Las propuestas de enmienda de otras disposiciones del Acuerdo General o de los acuerdos sobre (MSF) y (OTC), en los casos en que la enmienda no afecta los derechos y obligaciones de los miembros, entra en vigor para todos los miembros una vez haya sido aceptada por dos terceras partes de los miembros.<sup>11</sup> Cuando la naturaleza de una enmienda tiene el efecto de alterar los derechos y obligaciones de los miembros respecto del acuerdo en cuestión, el miembro que se niegue a aceptarla no quedará obligado por ésta.<sup>12</sup> Del mismo modo, las enmiendas aprobadas por tres cuartas partes de los miembros relativas a las partes I, II y III del AGCS y de sus correspondientes Anexos surten efectos entre aquellas partes que las aceptaron y si son enmiendas relativas a las partes IV, V y VI o a sus correspondientes Anexos vinculan a todos los miembros, incluidos los que no las aceptaron.<sup>13</sup> En caso de que una enmienda no sea vinculante para un Estado que no la ha aceptado, puede decidirse por tres cuartas partes del voto total de los miembros, que los miembros que no aceptan la enmienda deba permitírseles retirarse del acuerdo y de la organización, salvo autorización de la Conferencia Ministerial de permanecer como miembros.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Artículo X.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC. Es importante decir que existe una excepción que permite a la Conferencia Ministerial adoptar, sin otro proceso de aceptación formal, las enmiendas del Acuerdo sobre los ADPIC que satisfagan los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 71 de este último acuerdo (artículo X.6). El artículo 71.2 del Acuerdo sobre los ADPIC textualmente dispone: "...Las modificaciones que sirvan meramente para ajustarse a niveles más elevados de protección de los derechos de propiedad intelectual alcanzados y vigentes en otros acuerdos multilaterales, y que hayan sido aceptadas en el marco de esos acuerdos por todos los Miembros de la OMC podrán remitirse a la Conferencia Ministerial para que adopte las medidas que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo X del Acuerdo sobre la OMC sobre la base de una propuesta consensuada del Consejo de los ADPIC...".

<sup>11</sup> *Ibidem*, artículo X.4.

<sup>12</sup> *Ibidem*, artículo X.3.

<sup>13</sup> *Ibidem*, artículo X.5

<sup>14</sup> Esta norma es aplicable tanto a las enmiendas sobre disposiciones del GATT, del Acuerdo OTC, del Acuerdo MSF cuando no se afecten los derechos de otros miembros, como de las enmiendas sobre disposiciones de las partes I, II y III del AGCS y de sus correspondientes Anexos. *Ibidem*, párrafos. 3 y 5 del artículo X.

Uno de los principales problemas con esta técnica es que es difícil lograr la unanimidad requerida para algunas enmiendas. Prueba de ello es que nunca se ha conseguido. Los miembros de la OMC son muy numerosos y la exigencia del consenso implica que cada nación puede vetar una propuesta de enmienda. En el mejor de los casos, la iniciativa se vería reducida al mínimo común denominador de los distintos puntos de vista que no necesariamente representaría un equilibrio adecuado de los intereses comerciales y de protección ambiental.<sup>15</sup> Otro problema es que las enmiendas del GATT o de los Acuerdos OTC y MSF que modifican los derechos y obligaciones de los miembros, así como las relativas a las Partes I, II y III del AGCS o de sus correspondientes Anexos no obligan a aquellos miembros que no las aceptan. Aunque en principio es posible requerir a un miembro que no acepte una enmienda de estas características que abandone la organización si así es decidido por el voto de las tres cuartas partes de los miembros, es poco probable que de esta manera se pueda forzar a los países más fuertes a aceptar una alteración en sus derechos y obligaciones, pues se correría el riesgo de afectar —e incluso colapsar— el régimen del comercio internacional si alguno de los socios comerciales más importantes decide retirarse. No es extraño, por lo tanto, que algunos autores como J. Jackson aseguren que los socios comerciales más influyentes tienen un derecho de veto *de facto*.<sup>16</sup>

En cualquier caso, y pese a las dificultades que se presentan a la hora de su adopción, se debe reconocer que de ser necesarios cambios radicales en las normas de la OMC, sin duda la técnica de las enmiendas sería la opción más apropiada. A continuación exponemos dos opciones de enmienda de distintos acuerdos que han sido propuestos por los miembros de la OMC y por la doctrina con el fin de eliminar algunos de los obstáculos que actualmente tienen las medidas comerciales aplicadas para lograr los objetivos de algunos AMUMA.

### *B. La introducción de una cláusula de conflicto*

Al igual que algunos países, K. C. Kennedy afirma que el modelo del artículo 104 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

<sup>15</sup> Jackson, J., "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington & Lee Law Review*, vol. 49, otoño de 1992, pp. 1270 y 1271.

<sup>16</sup> Jackson, J., *The World Trading System*, 2a. ed., Londres, The MIT Press, 1997, p. 73.

(TLCAN) podría ser utilizado en la OMC para clarificar su relación con los AMUMA.<sup>17</sup> Este acuerdo comercial, además de incorporar por referencia en su artículo 2101 las excepciones ambientales de los incisos *b* y *g* del artículo XX del GATT,<sup>18</sup> contiene, en su artículo 104, una cláusula de conflicto que hace prevalecer sobre las disposiciones del TLCAN a las obligaciones específicas en materia comercial de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono y el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.<sup>19</sup> Las obligaciones ambientales de estos acuerdos prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que sean, de las medidas razonablemente disponibles e igualmente eficaces para lograr el nivel de protección deseado, las que presenten menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del TLCAN.<sup>20</sup> Es claro entonces que se trata de una cláusula de conflicto condicionada al cumplimiento de lo que en la OMC se conoce como la “prueba de necesidad” del inciso *b* del

<sup>17</sup> Kennedy, K. C., “Why Multilateralism Matters in Resolving Trade-Environment Disputes”, *Widener Law Symposium Journal*, vol. 7, primavera de 2001, pp. 65 y 66; CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente – Comunicación de Nueva Zeland*, OMC Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996, párrafo 22. Véase también Kalderimis, D., “Problems of WTO Harmonization and the Virtues of Shields over Swords”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 13, verano de 2004, p. 350.

<sup>18</sup> El artículo 2101, bajo el rubro de Excepciones generales, en lo conducente textualmente dispone: “se incorporan a este Tratado y forman parte integrante del mismo el Artículo XX del GATT y sus notas interpretativas... Las partes entienden que las medidas a que se refiere el artículo XX b) del GATT incluyen medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el artículo XX g) del GATT se aplica a medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales no renovables, vivientes o no”. *Cfr.* El artículo 2101 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado por los Estados Unidos México y Canadá, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 1993.

<sup>19</sup> El TLCAN es un acuerdo comercial regional innovador en aspectos de protección del medio ambiente. Entre otros puntos destacables está la adopción de un acuerdo paralelo en materia ambiental que pretende compatibilizar la protección del medio ambiente con el mantenimiento del nivel competitivo de los países involucrados. Véase Moreno, I. S. *et al.*, “Free Trade and the Environment: the NAFTA, the NAAEC, and Implications for the Future”, *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 12, primavera de 1999, pp. 405-478.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 104.



artículo XX del GATT, que se cumple igualmente sólo si la medida adoptada es, de las opciones existentes que permiten lograr el nivel de protección deseado, la menos restrictiva para el comercio.<sup>21</sup> Por otro lado, conviene decir que, aunque la lista de AMUMA del artículo 104 es cerrada, en el sentido de que sólo los acuerdos expresamente citados se benefician de la cláusula de conflicto, esto no quiere decir que no pueda ser modificada. El propio artículo 104 expresamente dispone que si las partes lo acuerdan por escrito otros AMUMA pueden ser añadidos a la lista existente.<sup>22</sup>

Aunque la mayor parte de las interacciones entre los AMUMA y las normas de la OMC caen en el ámbito material regulado por el GATT, en algunos casos, el ámbito material de otros acuerdos comerciales como el AGCS o el Acuerdo sobre los ADPIC pueden ser alcanzados y, por lo tanto, una enmienda del Acuerdo de Marrakech, al que se le podría añadir un artículo V bis de contenido similar al artículo 104 del TLCAN, se propone como la mejor opción.<sup>23</sup>

No obstante, para solucionar toda la gama de interacciones negativas entre los AMUMA y el régimen del comercio internacional sería necesario algo más que la mera incorporación de una disposición como el artículo 104 del TLCAN al Acuerdo de Marrakech. J. H. Knox afirma, por ejemplo, que una enmienda de este tipo no sería efectiva porque el artículo 104 soluciona los conflictos con menores probabilidades de presentarse en la práctica y que además son los menos controvertidos; es decir, aquellos que versan sobre la aplicación de una medida comercial específica incluida en un AMUMA entre dos partes vinculadas al acuer-

<sup>21</sup> Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/R del 18 de septiembre de 2000, p. 73. Informe del grupo especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos*, GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párrafo 81. Informe del órgano de apelación sobre el asunto *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos, 162, 166 y 163.

<sup>22</sup> Véase el párrafo 2 del artículo 104 del TLCAN.

<sup>23</sup> CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) – Comunicación de Suiza*, OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000, párrafo 9.

do ambiental y al TLCAN.<sup>24</sup> De este modo quedarían sin resolver los puntos más controvertidos como son los posibles conflictos por la aplicación de una medida comercial no específica entre dos partes en un AMUMA o bien los conflictos que involucren a miembros de la OMC que no están vinculados a los AMUMA.<sup>25</sup>

Por otro lado, la lista de AMUMA a los que es aplicable el artículo 104 es manifiestamente insuficiente para resolver las tensiones entre el régimen del comercio internacional y el régimen del medio ambiente. Una enmienda del Acuerdo de Marrakech que incorpore sólo una lista de AMUMA limitada como hace el artículo 104 podría, como ha advertido J. Pauwelyn, ocasionar que se interpretara que las medidas adoptadas con base en AMUMA no enlistados no prevalecen sobre las normas de la OMC en caso de conflicto, siendo que, en algunos casos, la aplicación de las normas de derecho internacional público pueden indicar que los AMUMA son ley especial y prevalecen, o bien, que son una modificación inter se de las obligaciones comerciales.<sup>26</sup> Por lo tanto, sería necesario que los miembros de la OMC evitaran dejar fuera de la enmienda propuesta a los AMUMA cuyos objetivos pueden verse impedidos por las normas de la OMC. Más aún, también sería necesario establecer una serie de criterios que permitieran incorporar a la lista a futuros AMUMA de incidencia comercial. Una opción sería reproducir la exigencia de unanimidad del artículo 104 del TLCAN de modo que sólo un acuerdo por escrito en donde conste el consentimiento de todas las partes permitiría añadir a la lista existente un AMUMA nuevo. No obstante, el requisi-

<sup>24</sup> Knox, J. H., "The Judicial Resolution of Conflicts between Trade and the Environment", *Harvard Environmental Law Review*, vol. 28, 2004, p. 18. Este autor también sostiene que, en caso de que un conflicto de esta naturaleza llegara a un tribunal internacional, lo más probable es que los jueces concluyeran que al vincularse al AMUMA que exige la aplicación de restricciones comerciales un miembro de la OMC ha suspendido sus obligaciones comerciales en la medida en que sean éstas incompatibles o que, conforme a la doctrina de la *lex specialis*, las restricciones específicas exigidas por el AMUMA prevalecerían sobre los principios de no discriminación de los acuerdos comerciales.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> Pauwelyn, J., "Recent Books on Trade and Environment: GATT Phantoms Still Haunt the WTO", *European Journal of International Law*, vol. 15, junio de 2004, pp. 589-590. Obviamente, los argumentos anteriores parten de la base de que otras normas distintas a los acuerdos abarcados son derecho aplicable en la OMC, un tema sobre el que, como hemos visto en el capítulo anterior, algunos autores no están de acuerdo.

to de unanimidad puede resultar ser un obstáculo efectivo para la actualización de la lista de AMUMA.

Una segunda opción sería el establecimiento *ex ante* de unas condiciones que permitan identificar a los AMUMA que pueden beneficiarse de la enmienda propuesta. Los países miembros de la OMC han realizado algunas recomendaciones para definir los AMUMA que podrían servir para identificar las condiciones necesarias. Los siguientes criterios han sido sugeridos: *a)* que tenga objetivos medioambientales; *b)* que esté abierto a la participación de todos Estados de la comunidad internacional; *c)* que sean documentos jurídicamente vinculantes (en vigor o debidamente firmados y ratificados pero que aún no están en vigor); *d)* con participación de tres partes como mínimo, incluyendo los acuerdos regionales, y con la participación de un número considerable de países que refleje los intereses de las principales partes en cuestión, a saber, partes con intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de las mercancías afectadas; *e)* que estén negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o del PNUMA.<sup>27</sup>

Ahora bien, aunque el artículo 104 del TLCAN tiene sus debilidades,<sup>28</sup> como observa S. Charnovitz, el trato que proporciona a los AMUMA es mejor que el que aporta actualmente el marco normativo de la OMC.<sup>29</sup> Por lo tanto, una enmienda en el sentido descrito no debe ser descartada a la ligera. Por otro lado, algunos Estados miembros de la OMC han sugerido que las enmiendas, como técnica de modificación de las obligaciones comerciales, también podrían ser utilizadas para evitar

<sup>27</sup> Para la propuesta de definición de Acuerdo Multilateral del Medio Ambiente de la UE, véase OMC Doc. (TN/TE/W/1) 21/03/2002; para la propuesta de Argentina OMC Doc. (TN/TE/W/2) 23/05/2002, y para la propuesta de Japón, OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

<sup>28</sup> Charnovitz, S., "The North American Free Trade Agreement: Green Law or Green Spin", *Law and Policy in International Business*, vol. 26, otoño de 1994, pp. 43-46.

<sup>29</sup> Charnovitz, S., "Critical Guide to the WTO's Report on Trade and Environment", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, primavera de 1997, p. 377. En la misma línea de ideas Housman, R., "The North American Free Trade Agreement's Lessons For Reconciling Trade and the Environment", *Stanford Journal of International Law*, vol. 30, verano de 1994, p. 399.

los posibles conflictos entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).<sup>30</sup>

*C. La enmienda a las excepciones de patentabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC*

Como hemos tenido oportunidad de mencionar en capítulos anteriores, a los países biodiversos les preocupa que los derechos de propiedad intelectual (DPI) resultantes de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, particularmente las patentes, faciliten la apropiación indebida de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas o locales que están protegidos por el CDB.<sup>31</sup> Esta preocupación no es infundada, ya que se han dado diversos casos de empresas o nacionales de países desarrollados que han obtenido patentes respecto de supuestas “invenciones” que en realidad son, con más o menos variaciones, conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas de los países del Sur.<sup>32</sup> Como es sabido, las patentes conceden derechos de explotación exclusiva sobre los recursos y conocimientos objeto de la patente, limitando así su explotación por terceros y, en algunos casos, el reparto justo y equitativo de beneficios acordado en el CDB.<sup>33</sup> Además, las patentes concedidas

<sup>30</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (BOE, 1o. de febrero de 1994, núm. 27).

<sup>31</sup> Ruiz, M., *Intellectual Property Rights and Biodiversity: Processes and Synergies*, ICTSD-IUCN Background paper for Workshop on TRIPS and CBD: Global Biodiversity Forum Cancún, México, del 5 al 7 de septiembre de 2003, p. 5; Conforto, D., “Traditional and Modern-Day Biopiracy: Redefining the Biopiracy Debate”, *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 19, 2004, pp. 357-396; Sarma, L., “Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreement”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 13, 1999, pp. 107-136; Bender, E. K., “North and South: The WTO, TRIPS, and the Scourge of Biopiracy”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, otoño de 2003, pp. 281-319.

<sup>32</sup> Comentando sobre las patentes reivindicadas sobre la cúrcuma, la coloquintida, el basmati y la margosa véase Consejo de los ADPIC, *Protección de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales – La experiencia de la India*, OMC Doc. WT/CTE/W/156, IP/C/W/198, 14 de julio de 2000.

<sup>33</sup> Jacoby, D. y Weiss, C., “Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution”, *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 16, enero de 1997, p. 89; Saffrin, S., “Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life”, *American Journal of International Law*, vol. 98, octubre de 2004, pp. 645 y 646.

fuera del territorio de un miembro con relación a un recurso genético originario de éste plantean la cuestión del posible conflicto con el principio de la soberanía sobre sus propios recursos genéticos reconocido por el CDB.<sup>34</sup> Más aún, con frecuencia los DPI se conceden sin el consentimiento fundamentado previo del gobierno o de la comunidad tradicional poseedores de los conocimientos sobre ese material en contra de lo dispuesto en el CDB.<sup>35</sup>

Las razones anteriores han llevado algunos miembros de la OMC a proponer la enmienda del párrafo 3 b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC que establece que los miembros podrán excluir de la patentabilidad las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.<sup>36</sup> La propuesta consiste en enmendar esta disposición con el objeto que los miembros de la OMC tengan la obligación, o la facultad, de exigir que los solicitantes de patentes revelen, como condición de patentabilidad: *a)* la fuente de los materiales genéticos utilizados en la invención; *b)* todos los conocimientos tradicionales conexos que hayan utilizado en la invención; *c)* prueba del consentimiento fundamentado previo de la autoridad competente en el país de origen de los materiales genéticos, y *d)* prueba de un reparto justo y equitativo de los beneficios.<sup>37</sup> Otra alternativa propuesta por la India sería exigir que se indiquen claramente la materia prima biológica y el país de origen a través de una enmienda del artículo 29 del Acuerdo sobre los ADPIC que regula las condiciones impuestas a los solicitantes de patentes.<sup>38</sup> Estados Unidos ha manifestado su oposición a una modificación en el sentido expuesto pues considera que los requisitos para identificar la fuente del recur-

<sup>34</sup> Cfr. Los párrafos 1 y 2 del artículo 15 del CDB.

<sup>35</sup> *Ibidem*, artículo 1o.

<sup>36</sup> Véase inciso b) párrafo 3 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>37</sup> Consejo de los ADPIC, *Examen del párrafo b) del artículo 27 – Comunicación del Brasil*, OMC Doc. IP/C/W/228, 24 de noviembre de 2000, párrafo 25; Consejo de los APIC, *Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard del 18 al 22 de junio de 2001*, OMC Doc. IP/C/M/32, 23 de agosto de 2001, párrafo 128; Consejo de los APIC, *Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard los días 19 y 20 de septiembre de 2001*, OMC Doc. IP/C/M/33, 2 de noviembre de 2001, párrafo 121.

<sup>38</sup> Consejo de los ADPIC, *Comunicación de la India*, OMC Doc. IP/C/W/195, 12 de junio de 2000, párrafo 16; Consejo de los APIC, *Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard del 7 y 8 de julio de 1999*, OMC Doc. IP/C/M/24, 17 de agosto de 1999, párrafo 81.

so genético en la aplicación de las patentes sería “una pesadilla jurídica y administrativa”. Brasil, por su parte, opina que el cumplimiento de esos requisitos es una necesidad de coherencia jurídica entre dos acuerdos internacionales jurídicamente vinculantes y no resultaría más gravoso que cualquier otro de los requisitos ordinarios de los procedimientos de solicitud de patentes que ya existen.<sup>39</sup>

Los miembros de la OMC que consideran que las normas del régimen del comercio internacional, en su forma actual, son suficientemente abiertas y flexibles para acomodarse al criterio de apoyo mutuo entre los AMUMA y la OMC como exige el objetivo del desarrollo sostenible, perciben las enmiendas como algo innecesario y sugieren que una simple aclaración serviría para evitar malentendidos o errores de interpretación que puedan crear conflictos con los AMUMA.<sup>40</sup>

## *2. Las interpretaciones definitivas de los acuerdos comerciales*

Los países miembros de la OMC, actuando en conjunto en los órganos pertinentes, podrían adoptar una interpretación definitiva del Acuerdo General o de otros acuerdos comerciales que resuelvan algunas de las dificultades impuestas al uso de las restricciones comerciales no proteccionistas aplicadas para lograr los objetivos de los AMUMA. Respecto al procedimiento podemos decir que la Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC tienen autoridad exclusiva para adoptar interpretaciones de los acuerdos del Anexo I del Acuerdo por el que se establece la OMC.<sup>41</sup> Las interpretaciones de estos acuerdos deben basarse en una recomendación del Consejo encargado de administrarlo y requiere el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de miembros de la OMC. Las in-

<sup>39</sup> Consejo de los ADPIC, *Examen del párrafo b) del artículo 27 – Comunicación del Brasil*, OMC Doc. IP/C/W/228, 24 de noviembre de 2000, párrafo 27.

<sup>40</sup> CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) – Comunicación de Suiza*, OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000, párrafo 9

<sup>41</sup> Entre estos acuerdos se encuentran: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fito-sanitarias (MSF), y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).

interpretaciones, por otro lado, no necesitan ser ratificadas por todos los miembros para ser efectivas.<sup>42</sup>

Con la técnica de la interpretación definitiva no pueden realizarse cambios radicales en las normas del sistema multilateral de comercio. El límite del cambio se encuentra en el texto de la norma que se interprete. Esto es así ya que el artículo 2 del Acuerdo de Marrakech dispone que las interpretaciones no deben utilizarse para menoscabar las disposiciones en materia de enmiendas del artículo X.

Dado que aún existen algunas dudas sobre los límites del derecho aplicable en la OMC, una interpretación definitiva podría ser utilizada para clarificar el sentido del artículo 7.1 del *Entendimiento que rige la solución de diferencias* (ESD).

#### A. *Aclaración de lo que debe entenderse por derecho aplicable en el OSD de la OMC.*

En capítulos anteriores hemos precisado que determinar el papel del derecho internacional en las diferencias resueltas en la OMC no depende de responder si es o no un régimen especial, sino de delimitar la jurisdicción substantiva de su OSD y los límites de su derecho aplicable.<sup>43</sup> Aunque el artículo 7.1 del ESD no deja lugar a dudas que la jurisdicción substantiva del OSD empieza y termina con los “acuerdos abarcados”, los límites de su derecho aplicable no han sido claramente definidos.<sup>44</sup> Algunos autores sostienen que el artículo 7.1 del ESD, al ordenar examinar la diferencia a la luz de las disposiciones de los acuerdos abarcados que hayan sido invocadas por las partes, no sólo deja fuera al derecho internacional de la competencia substantiva del OSD, sino también de su dere-

<sup>42</sup> Artículo X.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

<sup>43</sup> Véase en este estudio el capítulo X. También véase el informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional* (AG Doc. N° 10 A/59/10), párrafo 316.

<sup>44</sup> El artículo 7.1 del ESD textualmente dispone: “...El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia acuerden otra cosa: Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)...”.



cho aplicable.<sup>45</sup> No obstante, existen también algunos autores que afirman que el ESD no precisa en modo alguno cuál será el derecho aplicable y, por lo tanto, ninguna norma de derecho internacional está *a priori* excluida de tener efecto directo en la OMC.<sup>46</sup>

Los países miembros de la OMC, actuando en conjunto en los órganos pertinentes, podrían adoptar una interpretación definitiva con el fin de aclarar que el artículo 7.1 del ESD únicamente establece los límites de la competencia substantiva del OSD y no se refiere al derecho aplicable. De este modo, los conflictos que surjan entre dos miembros de la OMC por la aplicación de una restricción comercial para lograr los objetivos de un AMUMA al que están vinculados serían resueltos aplicando las normas sobre conflictos normativos del derecho internacional público.<sup>47</sup> Así, el OSD sería un vehículo que permitiría velar por el cumplimiento

<sup>45</sup> Trachtman, J., "The Domain of the WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 2, primavera de 1999, p. 342; Marceau, G., "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 13, septiembre de 2002, p. 767; Zapatero, P., *Derecho del comercio global*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 72.

<sup>46</sup> Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, p. 465; Bartels, L., "Applicable Law in the WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, junio de 2001, p. 505; Palmeter, D. y Mavroidis, P., "The WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 3, 1998, p. 399.

<sup>47</sup> En esta línea de ideas, G. Marceau sugiere enmendar el *Entendimiento que rige la solución de diferencias* utilizando como modelo la Carta de la Habana con la finalidad de hacer posible que se acuda a la Corte Internacional de Justicia en las diferencias que impliquen conflictos normativos entre las normas de la OMC y otras obligaciones internacionales como los AMUMA. La referencia a la Corte Internacional de Justicia podría requerir una enmienda del artículo 23 del ESD que dispone que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) es el único mecanismo que puede ser utilizado por los miembros para hacer frente a las violaciones de los distintos acuerdos comerciales administrados por la OMC. G. Marceau observa que, ya que el OSD puede aplicar y hacer cumplir sólo las disposiciones de la OMC (los acuerdos abarcados), se podría decir que la Corte Internacional de Justicia es el mejor foro internacional para resolver ciertas diferencias en donde resultan aplicables otras obligaciones internacionales que no se encuentran dentro de los acuerdos abarcados. La autora de la propuesta opina que, al menos en estas circunstancias, la Corte Internacional de Justicia podría pronunciar una opinión no vinculante (consultiva) sobre la relación de las normas OMC y las disposiciones de otros tratados. Marceau, G., "A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition against "Clinical Isolation" in the WTO Dispute Settlement", *Journal of World Trade*, vol. 33, núm.5, octubre de 1999, p. 143.



del principio de *pacta sunt servanda*.<sup>48</sup> En otras palabras, evitaría que la OMC fuera utilizada por los Estados miembros para ignorar sus compromisos internacionales asumidos en otros foros, como los AMUMA, fracturando así la unidad del derecho internacional.<sup>49</sup>

Ahora bien, esto en ningún caso quiere decir que el OSD de la OMC sería dotada de una jurisdicción substantiva general en la que sería exigible cualquier norma de derecho internacional, ya que la competencia jurisdiccional seguiría estando limitada a los acuerdos abarcados y no se vería alterada por la interpretación definitiva. Ya hemos mencionado anteriormente que otras normas de derecho internacional únicamente podrían ser consideradas por el OSD en la medida en que fueran parte de los argumentos de la parte demandada y en caso de prevalecer frente a las normas de la OMC la única consecuencia es que estas últimas no serían aplicadas.<sup>50</sup>

Si bien es verdad que la aclaración del artículo 7.1 del ESD en el sentido propuesto permitiría, a diferencia del mandato de la Ronda del Desarrollo, solucionar los conflictos entre Estados miembros por la aplicación medidas autorizadas pero no específicas, también es cierto que, al igual que el mandato de la Ronda del Desarrollo, la interpretación propuesta no aporta soluciones a las interacciones negativas que puedan resultar por la aplicación de restricciones comerciales a miembros de la OMC no vinculados a un AMUMA, ya que las normas sobre conflicto reconocen el principio *pacta tertiis* que dispone que un tratado internacional no crea derechos y obligaciones para los Estados sin su consentimiento.<sup>51</sup> Por lo tanto, una interpretación definitiva de otras disposiciones del Acuerdo General podría ser una opción más adecuada para abordar estas cuestiones.

<sup>48</sup> Este principio codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entro en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>49</sup> Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law...*, cit., nota 46, p. 38 y 475.

<sup>50</sup> Véase en este estudio el capítulo X.

<sup>51</sup> *Cfr.* Artículo 34 de la CVDT.

*B. La interpretación definitiva de los artículos  
III y XX del GATT*

Hemos mencionado antes que el principal problema al que tienen que hacer frente las medidas comerciales establecidas en los AMUMA con el Sistema Multilateral de Comercio es que los exámenes de legalidad fruto de la interpretación de las disposiciones del Acuerdo General no reflejan una voluntad real por distinguir las medidas comerciales proteccionistas de aquéllas que no lo son.<sup>52</sup> Esto puede dar lugar a que una medida aplicada para lograr los objetivos de un AMUMA a través de instrumentos comerciales no discriminatorios ni proteccionistas sea declarada incompatible con las obligaciones comerciales del Acuerdo General. Los artículos III y XX del GATT admiten una interpretación amplia de sus términos que permitiría corregir algunas deficiencias que en los exámenes de legalidad produce la interpretación de estas disposiciones. En ese sentido podría adoptarse una interpretación definitiva del concepto “producto similar” en la que se disponga con claridad que dos productos serán similares si comparten ciertas características importantes para el propósito de comparación.<sup>53</sup> Tratándose de la interpretación del artículo III, el propósito de comparación, como lo ha indicado el órgano de apelación, queda establecido en su primer párrafo que prohíbe el proteccionismo.<sup>54</sup> Esta interpretación del concepto “producto similar” permitiría la discriminación entre productos que difieren únicamente en sus efectos en el medio ambiente. En otras palabras, un producto que contamina y otro que no lo hace, aunque compartan otras características, no serían productos similares de modo que la discriminación entre ellos estaría permitida por el artículo III.

<sup>52</sup> Chang, H., “An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, núm. 6, julio de 1995, p. 2209.

<sup>53</sup> Hudec, R., “GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, *The International Lawyer*, vol. 32, núm. 3, otoño de 1998, p. 627. Howse, R. y Regan, D., “The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 260 y 261.

<sup>54</sup> Véase informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R del 12 de marzo de 2001, p. 41.

Ahora bien, la interpretación anterior podría ir acompañada de una interpretación definitiva de la prohibición a las medidas fiscales y reglamentarias que son utilizadas “de forma que se proteja a la producción nacional” establecida en el primer párrafo del artículo III. En ese sentido convendría aclarar que el examen del proteccionismo debe hacerse a través del análisis de la evidencia objetiva del propósito normativo.<sup>55</sup>

Por otro lado, las condiciones del preámbulo del artículo XX podrían verse beneficiadas por la adopción de una interpretación definitiva que aporte claridad a la oscuridad de sus términos. En primer lugar, podría adoptarse una interpretación definitiva en las que se establezca que el recurso a las excepciones generales se encuentra limitado a los objetivos de orden público expresamente señalados en los incisos de la *a* a la *j* del artículo XX, y condicionado a que se cumplan los parámetros establecidos en la cláusula introductoria.<sup>56</sup> Actualmente, el órgano de apelación considera que el uso de las excepciones no debe afectar los derechos de los miembros en virtud de normas como el artículo XI.<sup>57</sup> En segundo lugar, podría adoptarse una interpretación definitiva del preámbulo del artículo XX en donde se establezca que para evaluar cuando una medida da lugar a una “discriminación injustificable entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones” es necesario tener en cuenta si el trato diferente entre países se refiere al objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX.<sup>58</sup> Actualmente, no existe ningún estándar claro para determinar cuando una medida se encuentra justificada a la luz del preámbulo del artículo XX.

<sup>55</sup> Hudec, R., “GATT/WTO Constrains on National Regulation...”, *cit.*, pp. 631 y 632. También Regan, D., “Regulatory Purpose and “Like Products” in Article III:4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2)”, *Journal of World Trade*, vol. 36, núm. 3, junio de 2002, pp. 458-464.

<sup>56</sup> Mcrae, D., “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Gran Bretaña, Kluwer Law International, 2000, p. 230.

<sup>57</sup> Véase por ejemplo informe del órgano de apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párrafo 156. En consecuencia, siempre que se invoca una excepción es posible negar los beneficios del artículo XX precisamente porque la medida incumple las obligaciones de las que pretende excepcionarse.

<sup>58</sup> Gaines, S., “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 22, invierno de 2001, p. 780.

Al igual que el Acuerdo General, existen otras normas que podrían beneficiarse de una interpretación definitiva con el fin de facilitar el apoyo mutuo entre la OMC y los AMUMA.

*C. La interpretación definitiva del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) concede a los miembros de la OMC el derecho a tomar medidas comerciales restrictivas para proteger ciertos “objetivos legítimos” como la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal o del medio ambiente.<sup>59</sup> Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de estos objetivos y además está en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional.<sup>60</sup>

F. Biermann asegura que la Conferencia Ministerial podría interpretar esta disposición en una forma tal que las normas de ciertos acuerdos multilaterales de protección ambiental puedan ser considerados —hasta el punto que contengan regulaciones técnicas o estándares— como estándares internacionales en el contexto del Acuerdo OTC.<sup>61</sup> De este modo, las medidas comerciales adoptadas para apoyar los objetivos de protección ambiental de un AMUMA se presumirán —a reserva de impugnación— que no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional.<sup>62</sup>

El Acuerdo OTC define los “obstáculos innecesarios” para el comercio como aquéllos que restringen el comercio más de lo necesario para

<sup>59</sup> El artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) fue la primera disposición del régimen del comercio internacional en donde se hace mención explícita de la protección del medio ambiente.

<sup>60</sup> *Ibidem*, artículo 2.5.

<sup>61</sup> Biermann, F., “The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North and South Conflict”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, junio de 2001, pp. 442 y 443.

<sup>62</sup> Véase el artículo 2.5 del Acuerdo sobre OTC.

alcanzar el objetivo legítimo pretendido, destacando que se deben tomar en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.<sup>63</sup> Ahora bien, esta definición del Acuerdo OTC de lo que constituye un “obstáculo innecesario para el comercio” es muy similar a la interpretación que los grupos especiales y el órgano de apelación han realizado de la expresión “relativa a la conservación de recursos” del inciso g del artículo XX del Acuerdo General<sup>64</sup>. Por lo tanto, en caso de que sea cuestionada ante el OSD, la legalidad de alguna medida comercial adoptada para la protección de recursos naturales agotables de conformidad con un AMUMA se podría invocar el inciso g del artículo XX para justificarla provisionalmente. En cualquier caso, la medida aún tendría que ser examinada para determinar si, además de estar justificada provisionalmente en el inciso g del artículo XX, también cumple con las condiciones establecidas en la cláusula introductoria.

De forma similar, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) podría ser objeto de una interpretación definitiva que ayude a equilibrar los intereses comerciales y ambientales dentro de la OMC<sup>65</sup>. Esto podría lograrse a través de la adopción de una interpretación definitiva del artículo 3.2, que establece que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994. Por lo tanto, la Conferencia Ministerial podría adoptar una interpretación definitiva del artículo 3.2 del Acuerdo MSF con la finalidad de permitir que las medi-

<sup>63</sup> *Ibidem*, artículo 2.2.

<sup>64</sup> El órgano de apelación interpretó que la condición de ser “relativa a” como lo dispone el inciso g artículo XX queda cubierta si se determina que en el caso existía “una auténtica y estrecha relación entre medios y fines”. Véase informe del órgano de apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *op. cit.*, párrs. 136 y 141. Los grupos especiales habían interpretado el término “relativa a” la conservación de recursos exigiendo que la medida en cuestión estuviera destinada principalmente a tal conservación. Véase, por ejemplo, el informe del grupo especial que se ocupó del caso *Canadá – Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*, GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988, párrafos 4.6 y 4.7.

<sup>65</sup> Biermann, F., “The Rising Tide of Green Unilateralism...”, *cit.*, nota 61, pp. 442 y 443.

das sanitarias y fitosanitarias prescritas por ciertos AMUMA sean consideradas *normas, directrices o recomendaciones internacionales*.<sup>66</sup> De este modo, las medidas que fueran adoptadas para apoyar los objetivos de este tipo de acuerdos cumplirían la prueba de necesidad del Acuerdo de MSF y del inciso *b* del artículo XX del GATT.

En cualquier caso, parece haber una restricción crucial en la libertad de la Conferencia Ministerial para interpretar el Acuerdo MSF, porque esto puede interferir con el texto del tratado y, por lo tanto, sería equiparable a una enmienda del derecho de la OMC. En un caso así, la interpretación definitiva sería imposible. Este podría ser el caso de los acuerdos multilaterales que autorizaran medidas sanitarias sin suficiente evidencia científica, o cuando contradicen los estándares, recomendaciones y líneas directrices establecidas en la Comisión del *Codex Alimentarius*, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales competentes que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, que han sido definidas como estándares internacionales por el Acuerdo MSF.<sup>67</sup>

Partiendo de la base de que la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA es relativamente nueva, algunos Estados afirman que, antes de adoptar medidas definitivas, conviene adoptar un enfoque prudente. Estos países observan que no puede conocerse de antemano el carácter de las medidas comerciales que se incluirán en el futuro en los AMUMA y deberá transcurrir mucho tiempo antes de que se conozcan todas las consecuencias de la acomodación de las medidas comerciales de los AMUMA en el sistema multilateral de comercio. Por lo tanto, prevén que la adopción de exenciones es preferible a las enmiendas y a las interpretaciones definitivas debido a que su carácter temporal permitiría volver a analizar la cuestión en el futuro.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 442-444.

<sup>67</sup> Véase el artículo 2.2 en conexión con el anexo 3 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

<sup>68</sup> CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) – Propuesta de la ASEAN*, OMC Doc. WT/CTE/W/39, 24 de julio de 1996, párrafo 39.

## II. LAS EXENCIONES O MODIFICACIONES DE OBLIGACIONES COMERCIALES DE ALCANCE LIMITADO

Los miembros de la OMC pueden lograr exenciones de las obligaciones comerciales que dificultan el logro de objetivos de protección ambiental de los AMUMA. Esta puede ser una técnica válida para modificar, con efectos inmediatos, algunas disposiciones del GATT con el fin de permitir el uso de restricciones comerciales en este contexto.

### 1. *Las exenciones (waiver) de las obligaciones comerciales*

Entre otras cuestiones, el artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC regula el procedimiento por el cual se tramitan las exenciones. En el párrafo 3 esta disposición establece que en circunstancias excepcionales la Conferencia Ministerial podrá decidir eximir a un miembro de alguna obligación derivada de los acuerdos del Anexo I.<sup>69</sup> Las solicitudes de exenciones deberán presentarse con arreglo a la práctica de adopción de decisiones por consenso. Si no se llegara a un consenso, toda decisión se adoptará por tres cuartos de los miembros. Este tipo de solicitudes deben ser presentadas ante el Consejo que administre el acuerdo en cuestión, que por su parte, una vez recibida la solicitud, deberá enviar un informe a la Conferencia Ministerial. El párrafo 4 del artículo IX establece que cualquier exención concedida debe especificar las circunstancias excepcionales que la justifican y debe fijarse un término de expiración. Las exenciones se someten a examen de la Conferencia Ministerial por lo menos una vez al año. La Conferencia Ministerial, después del examen, podrá prorrogar, modificar o dejar sin efecto la exención. Las decisiones relativas a las exenciones no precisan ser ratificadas por todos los miembros de la OMC.<sup>70</sup>

Los miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN por sus siglas en inglés) han propuesto la tramitación *ex post* y caso por caso de una exención plurianual cuando algunas normas de la

<sup>69</sup> Las decisiones de conceder una exención respecto de una obligación sujeta a un período de transición o a un período de aplicación escalonada que el miembro solicitante no haya cumplido al final del período correspondiente se adoptarán únicamente por consenso.

<sup>70</sup> Artículos IX. 3 y IX.4 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

OMC pudieran verse vulneradas por la aplicación de medidas comerciales específicas previstas en un AMUMA.<sup>71</sup> En principio, tanto las medidas aplicadas entre partes en un AMUMA como las aplicadas contra países que no sean partes en él podrían ser tomadas en cuenta para una exención. Además, en la medida en que se satisfagan los dos requisitos básicos para la concesión de una exención, a saber, las “circunstancias excepcionales” y los “términos y condiciones”, la exención podría ser prorrogada anualmente hasta que quedara sin efecto.<sup>72</sup> En ese sentido conviene observar que esta propuesta considera que únicamente las medidas específicas previstas en un AMUMA requieren atención especial en el marco del sistema multilateral de comercio y, por lo tanto, sólo éstas pueden ser consideradas “circunstancias excepcionales” para los efectos de la concesión de una exención.<sup>73</sup>

Los países de la ASEAN aseguran que la necesidad de lograr una decisión mayoritaria para la concesión de una exención garantiza que el AMUMA satisface el requisito básico de ser un verdadero acuerdo multilateral, ya que una decisión de ese tipo indicaría la amplia participación de los miembros en un AMUMA. Este enfoque permite evitar establecer

<sup>71</sup> CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) – Propuesta de la ASEAN*, OMC Doc. WT/CTE/W/39, 24 de julio de 1996, párrafo 39. Otros miembros han propuesto que se establezcan una serie de criterios *ex ante* que de ser cumplidos por una medida comercial adoptada en el contexto de un AMUMA garantizarían la concesión de una exención. Véase CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente – Comunicación de Nueva Zelanda*, OMC. Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996, párrafo 21. R. Hudec aporta una tercera alternativa para el uso de las exenciones al sostener que esta técnica puede servir para evitar las tensiones producidas por las restricciones al comercio aplicadas extraterritorialmente. Antes de la adopción de una medida de este tipo, el profesor Hudec sugiere que, el país interesado debería solicitar una exención de sus obligaciones comerciales con las que podría entrar en conflicto la medida. Hudec, R., “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices”, en Bhagwati, J. y Hudec, R. (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts, The MIT Press, 1996, p. 153.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párrafo 17.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párrafo 18



una definición de AMUMA, prevista en la mayoría de las otras propuestas realizadas al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA).<sup>74</sup>

Algunos autores critican el uso de esta técnica en el contexto que nos ocupa, toda vez que el carácter de exención parece colocar a los intereses ambientales por debajo de los comerciales.<sup>75</sup> En cualquier caso, las exenciones sólo pueden proporcionar soluciones temporales al conflicto *comercio-medio ambiente*, ya que están sujetas a un término de expiración.<sup>76</sup> Adicionalmente, cuando por los efectos de una exención concedida un miembro considere que la ventaja resultante para él del Acuerdo General se halla anulada o menoscabada podrá acogerse a las disposiciones del artículo XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del ESD.<sup>77</sup> Evidentemente, las soluciones a largo plazo precisarán enmiendas formales de las normas de la OMC.

## 2 *La modificación de obligaciones derivadas de los acuerdos comerciales mediante acuerdos bilaterales o multilaterales*

Ya hemos mencionado antes en este estudio que, como consecuencia de que entre las normas del derecho internacional público no existe jerarquía —con la excepción del *ius cogens*—, es posible que los Estados a través de la celebración de tratados internacionales desvíen, inhabiliten o substituyan obligaciones internacionales previamente contraídas.<sup>78</sup> Ubicándonos en el contexto de la OMC, es posible que los Estados miembros celebren acuerdos internacionales que de alguna manera modifiquen los compromisos asumidos en los acuerdos comerciales.<sup>79</sup> Estas modificaciones, como han sugerido algunos miembros de la OMC y parte de la doctrina, podrían tener por finalidad facilitar el apoyo mutuo entre las

<sup>74</sup> *Ibidem*, párrafo 20

<sup>75</sup> Véase Demaret, P., “Trends, Multilateralism, Unilateralism and the GATT”, en Cameron, J. *et al.* (eds.), *Trade and Environment: The Search for Balance*, vol. I, Londres, Cameron May Ltd., 1995, p. 66.

<sup>76</sup> Artículo IX. 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

<sup>77</sup> *Cfr.* párrafo 3 del Entendimiento relativo a las exenciones dimanantes del GATT.

<sup>78</sup> Véase artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>79</sup> *Ibidem*, artículo 41.

normas de la OMC y los AMUMA<sup>80</sup>. Cabe apuntar que esta técnica ha sido ya utilizada con éxito en el régimen del comercio internacional para modificar algunas obligaciones en materia de subvenciones y *antidumping*.<sup>81</sup> Tales acuerdos, por su puesto, sólo obligarían a los miembros de la OMC que voluntariamente decidieran vincularse a ellos.

La OMC podría servir de foro institucional para la negociación de este tipo de acuerdos. El Acuerdo de Marrakech expresamente así lo reconoce, ya que dispone que la OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos I y de marco para la aplicación de los resultados de tales negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial.<sup>82</sup> No obstante, nada impide que las negociaciones tengan lugar en otros foros si los miembros así lo prefieren.<sup>83</sup>

Como sugiere J. Pauwelyn, este tipo de acuerdos podrían contener compromisos entre distintos miembros que les impidiera invocar los artículos III y XI del Acuerdo General en relación a ciertas restricciones comerciales adoptadas en el marco de un AMUMA que consideran justificadas, pero que temen que no lograrían satisfacer las condiciones del artículo XX, según las estrictas interpretaciones que de sus términos realizan los grupos especiales y el órgano de apelación.<sup>84</sup> De esta manera, entre miembros signatarios el acuerdo podría regular el uso de los instrumentos comerciales para proteger el medio ambiente. En ese sentido, la efectividad del acuerdo aumentaría en proporción directa con el número de miembros que decidieran formar parte del mismo.

Uno de los principales problemas con esta técnica es que los países miembros de la OMC que no sean partes en el Acuerdo específico podrían, con fundamento en la cláusula de la nación más favorecida del artículo I del Acuerdo General, demandar que los beneficios que otorga el acuerdo a los miembros signatarios les sean también concedidos aunque

<sup>80</sup> CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente - Comunicación de Nueva Zelanda*, OMC. Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996.

<sup>81</sup> Jackson, J., *The World Trading System...*, *cit.*, nota 16, p. 69.

<sup>82</sup> Artículo III.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

<sup>83</sup> Jackson, J., "World Trade Rules and Environmental Policies...", *cit.*, nota 15, p. 1274.

<sup>84</sup> Pauwelyn, J., "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, julio de 2001, p. 548.

no sean partes en el acuerdo. Esto es lo que la doctrina conoce como el problema del “beneficiario sin contrapartida” (*free rider*).

Ahora bien, esta opción, para que sea considerada válida, deberá satisfacer los requisitos que exige el artículo 41 de la CVDT que regula las modificaciones *inter se* de obligaciones convencionales.<sup>85</sup> Por un lado, como tuvimos oportunidad de mencionar en capítulos anteriores, el GATT no contiene disposiciones que prohíban la firma de acuerdos *inter se*.<sup>86</sup> Por otro lado, los acuerdos *inter se* celebrados entre miembros de la OMC difícilmente pueden afectar el goce de los derechos de terceros Estados, ya que únicamente modifican las relaciones entre los países firmantes.<sup>87</sup> Por último, las obligaciones contenidas en los acuerdos de la OMC generalmente pueden reducirse a obligaciones recíprocas.<sup>88</sup> Esto se debe a que, a diferencia de las obligaciones integrales cuyo incumplimiento perjudica a todos los países que sean partes en el acuerdo, las obligaciones recíprocas prevén un intercambio de prestaciones, en donde el incumplimiento de una parte afecta sólo a la parte con la que se encuentre en relación de reciprocidad.<sup>89</sup> De este modo, es difícil que los supuestos mencionados constituyan alguna modificación incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin del tratado de la OMC en su conjunto.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Esta norma dispone que dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar otro tratado en sus relaciones mutuas, si la posibilidad de tal modificación no está prohibida y a condición de que no se afecte el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado —en este caso serían todos los acuerdos administrados por la OMC— ni al cumplimiento de sus obligaciones y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. *Cfr.* artículo 41.1 a) y b): i) y ii) de la CVDT.

<sup>86</sup> Los acuerdos *inter se* son aquellos en los que dos o más partes en un tratado multilateral celebran un acuerdo que tenga por objeto modificar otro tratado en sus relaciones mutuas.

<sup>87</sup> De hecho, la celebración de un acuerdo *inter se* podría beneficiar —pero no afectar— a otros miembros de la OMC. En el caso de que un acuerdo entre dos miembros otorgara preferencias comerciales, éstas deberán hacerse extensivas al resto de los miembros de la OMC por virtud de la cláusula de la nación más favorecida del artículo I.

<sup>88</sup> Petersmann, E., “The WTO Constitution and the Millennium Round”, en Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 123.

<sup>89</sup> Véase Casanovas, O., “Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos euromediterráneos bancaja de derecho internacional*, vol. II, 1998, p. 106.

<sup>90</sup> Pauwelyn, J. “The Role of Public International Law in the WTO...”, *cit*, nota 84, p. 549.

### III. LA ADOPCIÓN DE LÍNEAS DIRECTRICES

Las líneas directrices son instrumentos de *soft law*<sup>91</sup> y, por lo tanto, no son vinculantes, de tal suerte que pueden ser utilizados por los países miembros de la OMC para abordar sin oposición un espectro más amplio de consideraciones ambientales de lo que sería posible si las recomendaciones fueran obligatorias. Así pues, en la OMC se podría negociar la adopción de líneas directrices de observancia voluntaria para animar a los miembros a seguir ciertas prácticas en la aplicación de restricciones comerciales de los AMUMA, con el fin de evitar los conflictos con las obligaciones comerciales.

Para la adopción de líneas directrices se debe seguir el procedimiento establecido en el artículo IX del Acuerdo de Marrakech que versa sobre la adopción de decisiones en el marco de la OMC. Esta disposición establece que en la OMC las decisiones se adoptaran por consenso siguiendo la práctica del GATT de 1947. Cuando el consenso no se logre se someterá a votación la adopción de la decisión. En las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General, cada miembro de la OMC tendrá un voto y las decisiones se adoptarán por mayoría, salvo disposición en contrario.<sup>92</sup>

Como veremos a continuación a través de dos propuestas que han realizado dos miembros de la OMC al CCMA, los compromisos voluntarios que pueden adoptarse a través de esta técnica podrían ser de contenido sustantivo, por ejemplo, una directriz interpretativa que sirva de orientación para examinar la compatibilidad entre la aplicación de las medidas comerciales adoptadas en aplicación de los AMUMA y los acuerdos comerciales de la OMC, o de carácter procedimental, por ejemplo, estableciendo un mecanismo consultivo voluntario al que puedan recurrir las partes antes de aplicar una restricción comercial.

<sup>91</sup> Sobre el concepto *soft law* véase Boyle, A., "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, parte 4, octubre de 1999, pp. 901-913. También Chinkin, C., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, pp. 850-866.

<sup>92</sup> Artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

1. *Una directriz interpretativa para examinar la compatibilidad de las medidas comerciales multilaterales con las normas de la OMC*

En 1996, los representantes de Japón propusieron al CCMA de la OMC la adopción de una directriz interpretativa no vinculante para facilitar que las medidas comerciales adoptadas en aplicación de los AMUMA sean compatibles con las normas de la OMC.<sup>93</sup> En esencia, estas directrices podrían servir de orientación para examinar la compatibilidad entre la aplicación de las medidas comerciales adoptadas en aplicación de los AMUMA y los acuerdos comerciales de la OMC estableciendo, por un lado, algunos criterios que deben contener los AMUMA y, por otro lado, ciertos lineamientos para facilitar que las medidas adoptadas sean consideradas compatibles en este contexto.

En el primer caso, es decir, los criterios sugeridos para los AMUMA, se propuso que se tenga en cuenta si éste: *i)* está abierto a la participación de cualquier país que comparta su objetivo ambiental; *ii)* refleja, mediante la participación adecuada, los intereses de las principales partes interesadas, a saber, partes que tengan intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de los productos afectados; *iii)* prevé concretamente el uso de medidas comerciales, cuyo contenido se define con claridad, y cuyos procedimientos y condiciones de aplicación son transparentes y se definen con claridad.<sup>94</sup> En el segundo caso, es decir, los lineamientos relativos a las medidas comerciales adoptadas en aplicación de un AMUMA, se sigue que, además de que no sean aplicadas en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, se tenga en cuenta: *i)* si la medida busca proteger un elemento ambiental insustituible del sistema natural de la Tierra; *ii)* si la medida se basan en resultados científicos, sin que existan alternativas eficaces, y tienen efectos mínimos de restricción o distorsión del comercio; *iii)* que las medidas se apliquen de forma que tengan un efecto mínimo de res-

<sup>93</sup> CCMA, *La relación entre las medidas comerciales adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y el Acuerdo sobre la OMC – Propuesta del Japón*, OMC. Doc. WT/CTE/W/31, 30 de mayo de 1996, párrafo 2.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

tricción o distorsión del comercio y cuando no existen medidas alternativas eficaces para lograr el objetivo ambiental.<sup>95</sup>

La adopción de directrices en el sentido propuesto es una alternativa para abordar la relación entre los AMUMA y la OMC que tiene la ventaja de permitir conciliar las posiciones de aquellos países que consideran necesario modificar formalmente las obligaciones comerciales existentes y las de aquellos países que aseguran que las normas de la OMC, tal y como existen ahora, aportan un marco suficiente que permite la adopción de restricciones comerciales ambientales.

## 2. *La creación de un mecanismo consultivo voluntario*

La delegación de Nueva Zelanda ha sugerido al CCMA la creación de un mecanismo consultivo voluntario, cuyos principios de funcionamiento podrían adoptarse a través de la elaboración de líneas directrices<sup>96</sup>.

Nueva Zelanda propone que, antes de que se adopte la decisión de aplicar una medida comercial, particularmente aquéllas más controvertidas, por ejemplo, las medidas no específicas o las específicas aplicadas a miembros no vinculados a un AMUMA, se podría recurrir a un mecanismo consultivo voluntario con el fin de determinar si la medida comercial es el instrumento más eficaz disponible para tratar el problema ambiental en cuestión.<sup>97</sup> La mejor solución al caso particular será la medida que afronte más directamente la imperfección o distorsión del mercado —la externalidad negativa—. <sup>98</sup> Lo que se pretende es establecer una jerarquización de opciones de política y una presunción en favor de la opción más eficaz y con menor efecto de distorsión.

La idea central es que, antes de aplicar una medida comercial con fines ambientales, los miembros de la OMC interesados, el importador y el

<sup>95</sup> *Idem.*

<sup>96</sup> CCMA: (Primer punto) *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. Comunicación de Nueva Zelanda*, OMC Doc. WT/CTE/W/180, 9 de enero de 2001.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párrafo II.1

<sup>98</sup> Se dice que cuando el coste ambiental es absorbido por el productor causante de un daño tiene lugar la internalización, y que lo contrario, produce una *externalidad*. Véase Ford, C., *Freer Trade, Protected Environment [Balancing Trade Liberalization and Environmental Interests]*, Nueva York, Council on Foreign Relations Press, 1994, p. 24.

exportador, de común acuerdo pongan en marcha el mecanismo consultivo propuesto. Esto daría lugar a la celebración de consultas en las que el país miembro que tenga la intención de aplicar una medida podrá aportar los argumentos y las pruebas de que disponga sobre los efectos ambientales que desea evitar. El país potencialmente afectado hará lo propio sobre los posibles efectos negativos de la medida en cuestión. Tras haber planteado el problema, según el punto de vista de los dos miembros interesados, se deberá establecer una serie jerarquizada de instrumentos de política para que afronte el problema ambiental que se desea evitar, por ejemplo, la imposición de una medida comercial; el suministro de una ayuda financiera limitada; la prestación de asistencia al desarrollo para el conjunto más amplio de afectados por la prohibición comercial en caso de ser aplicada; y la transferencia de tecnologías y/o conocimientos técnicos especializados. Los miembros después de examinar las distintas opciones deberán elegir el instrumento que aporta la mejor solución, que bien puede ser la aplicación de una medida comercial no específica en un AMUMA, pero también puede ser una distinta.<sup>99</sup>

Este instrumento voluntario puede servir para facilitar la comprensión de puntos de vista distintos y la identificación de diferentes opciones de política y para aumentar las posibilidades de lograr una solución convenida y reducir los conflictos entre las partes en materia de políticas comerciales y ambientales, sin caer por ello en resultados ineficaces desde los puntos de vista ambiental y económico.

<sup>99</sup> Sería posible también que en las consultas participara un tercer Estado neutral.