

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La OMC es uno de los actores con mayor peso político, económico y normativo de la escena internacional. Los acuerdos que administra, además de ser vinculantes para la mayor parte de Estados de la comunidad internacional y estar respaldados por un eficaz Órgano de Solución de Diferencias de competencia obligatoria, no se limitan a regular el comercio de bienes, alcanzan ámbitos materiales tan diversos como el comercio de servicios, los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los reglamentos técnicos, entre otros.

La extensa gama de materias reguladas ocasiona que estos acuerdos hagan sentir su influencia en otras esferas de la sociedad y del derecho, ya que una gran parte de las actividades humanas se relacionan, de un modo u otro, con las actividades económicas de las que forma parte el comercio internacional. De este modo, las normas de la OMC no sólo inciden en otros actores internacionales, sino que pueden alcanzar ámbitos materiales cuya relación con el comercio es meramente incidental. Por lo tanto, los acuerdos de la OMC podrían restar eficacia otros régimen internacionales a través del OSD, si éste hiciera primar a los intereses comerciales sobre cualquier otro valor. Incluso podría fragmentar la unidad de derecho internacional si los miembros de la OMC se escudan en los acuerdos comerciales para evitar cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas en otros foros. Esto podría suceder en el contexto de la relación entre los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente que prevén el uso de medidas comerciales y las normas de la OMC.

### SEGUNDA

La interacción entre estos sistemas normativos puede incidir, positiva o negativamente, en los esfuerzos internacionales por alcanzar el objeti-

vo del desarrollo sostenible. Aunque no existe una contradicción directa entre estos regímenes que imposibilite que se apoyen mutuamente, la OMC podría restar eficacia a los acuerdos sobre medio ambiente si al ser interpretadas sus normas obstaculizan la adopción de medidas comerciales ambientales no protecciónistas.

El riesgo de que esto ocurra existe, ya que hasta ahora ninguna medida aplicada por los miembros de la OMC y antes del GATT para proteger el medio ambiente ha logrado superar las exigencias que, pese a no encontrarse en los textos, se han deducido de los acuerdos comerciales. Aunque han sido unilaterales todas las medidas cuya legalidad ha sido sometida a examen en el régimen del comercio internacional, la preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional establecido en el Principio 12 de la Declaración de Río no encuentra reflejo formal en las normas de la OMC, en otras palabras, los acuerdos comerciales no establecen ninguna distinción entre las medidas unilaterales y multilaterales que garantice que éstas últimas serán sometidas a exámenes de legalidad menos exigentes.

De hecho, no todas las medidas que es posible adoptar en el contexto de un acuerdo ambiental multilateral son consideradas multilaterales, por lo menos, no desde la OMC. Al no estar comprendidas en el mandato de la Declaración de Doha que ordena al Comité de Comercio y Medio Ambiente examinar algunos aspectos de la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos ambientales, podemos concluir que no son consideradas multilaterales: las medidas comerciales que se aplican a terceros Estados, las no específicas, aunque se apliquen entre miembros de la OMC que sean a la vez Estados parte en un acuerdo ambiental y las medidas adoptadas por recomendación de los órganos de gestión de los acuerdos ambientales.

Dado que en la OMC la legalidad de este tipo de medidas dependerá únicamente de la forma en que sean interpretados sus acuerdos comerciales, para favorecer el desarrollo sostenible será necesario evitar aquellas interpretaciones que impidan la adopción de medidas no protecciónistas.

### TERCERA

La forma en que son interpretados los artículos III y XX del GATT puede restar efectividad a los acuerdos ambientales que contemplan prohibiciones o limitaciones al comercio de productos para lograr sus

objetivos como el Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres o el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

Por un lado, en algunos casos, las restricciones ambientales no son sometidas a exámenes de legalidad que busquen determinar, si tras la medida en cuestión, subyacen motivaciones protecciónistas. Este sucede al examinar la similitud de dos productos en la primera frase del artículo III.2 del GATT, ya que no toma en cuenta si el trato diferenciado entre éstos atiende a consideraciones ambientales auténticas; es decir, no es importante que no haya habido intenciones protecciónistas al adoptar la medida.

Por otro lado, aun en los casos en que el estudio del protecciónismo forma parte de los exámenes de legalidad, como sucede en la segunda frase del artículo III.2, las medidas auténticamente ambientales pueden ser declaradas protecciónistas y contrarias al GATT. Esto se debe al inadecuado enfoque seguido por el órgano de apelación al examinar el protecciónismo. Para el órgano de apelación es irrelevante que el protecciónismo sea o no un objetivo pretendido, cualquier medida será contraria al GATT si llega a “aplicarse de manera que se proteja la producción nacional”. El problema con esta interpretación es que, por su naturaleza, cualquier restricción comercial, incluso una fundada en preocupaciones ambientales auténticas, como efecto secundario, proveerán protección de algunos sectores productivos.

Adicionalmente, los efectos ambientales de los métodos de producción que no afectan a las características físicas de un producto tampoco son reconocidos como criterio válido para determinar la similitud de dos productos en el GATT. Aquí conviene decir que si un miembro desea proteger el medio ambiente fuera de su jurisdicción, generalmente, deberá regular los procedimientos o métodos de producción de otros miembros, pero, según la interpretación anterior, no podrá hacerlo sin violar los artículos I, III y XI del GATT, a menos que pueda justificarse en alguna de las excepciones ambientales del artículo XX.

#### CUARTA

A pesar de que las interpretaciones del órgano de apelación han logrado que actualmente sea relativamente sencillo que una medida logre justificarse provisionalmente en las excepciones ambientales de los incisos *b* y *g* de artículo XX del GATT, también ha conseguido que sea

difícil que logren satisfacer las condiciones establecidas en su cláusula introductoria o preámbulo.

El preámbulo del artículo XX ha sido interpretado de forma restringida para evitar que el recurso a las excepciones interfiera con otras normas del GATT. El preámbulo, ha dicho el órgano de apelación, debe trazar una línea de equilibrio entre los derechos del país importador conforme al artículo XX y los derechos del país exportador derivados de normas substantivas del Acuerdo General como el artículo XI. Esto es tanto como decir una excepción será improcedente si incumple con las obligaciones de las que pretende excepcionarse. A diferencia de lo que sostiene el órgano de apelación los únicos límites a las excepciones del artículo XX se establecen en los incisos de la *a* a la *j* y las condiciones son las que se enumeran en la cláusula introductoria.

Además, aún no se ha desarrollado ningún estándar claro de racionalidad que permita determinar cuándo la discriminación puede justificarse o no es arbitraria. No obstante, en el asunto *Camarón-Tortugas*, el órgano de apelación se negó a tomar en cuenta el objetivo de la medida para determinar si discriminaba arbitraria o injustificadamente, privando así al preámbulo del artículo XX del único contexto que racionalmente podría legitimar una discriminación por razones ambientales.

El órgano de apelación también ha evitado aclarar si el artículo XX permite o no justificar medidas aplicadas para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador. Lo único que ha dejado medianamente en claro es que para que pueda justificarse es necesario que exista un vínculo suficiente entre el país que aplica la medida y el bien que se desea proteger. Sin embargo, no ha precisado de qué naturaleza debe ser ese vínculo, un examen del informe sobre el asunto *Camarón-Tortugas* parece indicar que debe ser de carácter jurisdiccional.

## QUINTA

Además del GATT, otros acuerdos comerciales también podría restar eficacia a algunos acuerdos ambientales. Por ejemplo, los controles comerciales basados en la información como el Acuerdo Fundamentado Previo del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología pueden encontrar algunas dificultades para cumplir las exigencias del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, y aunque no

existe una contradicción normativa directa, el Acuerdo sobre los ADPIC también podría afectar la eficacia del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Por su parte, el comercio de emisiones previsto en el Protocolo de Kioto podría resultar ser también un nuevo punto de interacción entre los acuerdos ambientales y las normas de la OMC. Sin embargo, aún es pronto para saber cómo habrán de producirse las interacciones en este contexto, si es que llegan a producirse del todo.

## SEXTA

Dado que, como hemos visto, las normas del sistema multilateral del comercio pueden incidir en otros regímenes internacionales, es importante determinar qué papel pueden tener en el OSD de la OMC otras normas de derecho internacional distintas de los acuerdos comerciales. En ese sentido debemos decir que ni la OMC ni su OSD funcionan con completa autonomía frente a otras normas de derecho internacional. El propio órgano de apelación así lo ha reconocido al decir que: “el GATT no debe leerse aisladamente clínicamente del derecho internacional público”. Por lo tanto, a diferencia de lo que sostienen algunos autores, determinar qué papel puede tener el derecho internacional en las diferencias en la OMC no depende de responder si es o no un régimen especial o autónomo, sino de delimitar la jurisdicción substantiva de su OSD y los límites de su derecho aplicable. La diferencia entre competencia substantiva y derecho aplicable es que la primera define las materias sobre las que el órgano judicial puede resolver y el segundo delimita las normas que puede aplicar para dar fundamento a su decisión.

En la OMC la competencia substantiva del OSD se encuentra limitada a los acuerdos que denomina abarcados. Así se desprende claramente del artículo 7.1 del Entendimiento que rige la solución de diferencias que ordena examinar las controversias a la luz de los “acuerdos abarcados”. No obstante, no está claro que la orden de examinar las diferencias a la luz de los acuerdos abarcados sea suficiente para concluir que esta disposición también limita a estos acuerdos el derecho aplicable. Este razonamiento parece encontrar apoyo en algunas decisiones del OSD en las que ha aplicado, sin ser parte de los acuerdos abarcados, algunos principios generales de derecho internacional. Ya que no existe jerarquía entre las normas de derecho internacional, se podría pensar que, al igual que los princi-

pios generales del derecho, otras normas de derecho internacional vinculantes para los miembros de la OMC, por ejemplo algunos acuerdos ambientales, puedan ser derecho aplicable por el OSD.

Ahora bien, en virtud de que la competencia substantiva está limitada a los acuerdos abarcados, el OSD sólo podrá considerar otras normas de derecho internacional que no sean los acuerdos abarcados si éstas son parte de los argumentos del miembro demandado y vinculan a todas las partes en la diferencia, de modo que sean útiles para determinar la aplicabilidad de los acuerdos abarcados. Los acuerdos abarcados no se podrán aplicar si tras analizar la relación de éstos frente a otras normas de derecho internacional con base en las reglas sobre conflictos normativos se concluye que no son aplicables.

En cualquier caso, conviene advertir que considerar derecho aplicable a otras normas distintas de los acuerdos abarcados sólo aporta soluciones a un muy limitado número de las posibles interacciones entre los acuerdos ambientales y las normas de la OMC. Esto se debe a que es poco probable que entre éstos se dé un conflicto normativo. La existencia de las excepciones ambientales en los acuerdos comerciales y las prohibiciones a la discriminación arbitraria e injustificada que aparecen en la mayoría de acuerdos ambientales indican que, generalmente, estos acuerdos admiten una interpretación harmoniosa, lo que permitiría al OSD de la OMC evitar aplicar las normas de conflicto. Además, incluso si se da un conflicto normativo, considerar como derecho aplicable a otras normas de derecho internacional no aportaría ninguna solución a las controversias que surjan por la aplicación de una medida comercial a un miembro de la OMC que no es parte en el acuerdo ambiental.

En los casos en que las normas distintas de los acuerdos abarcados no sean consideradas derecho aplicable en la OMC, en las diferencias en donde únicamente una de las partes esté vinculada a la norma no OMC —por ejemplo un AMUMA—, o bien, cuando no existe un conflicto normativo, las normas de Derecho internacional aún podrán tener cierta influencia en las diferencias de la OMC por vía de las reglas generales sobre interpretación de los tratados. Al ser aplicable a toda la gama de interacciones posibles entre los acuerdos ambientales y las normas de la OMC, esta tesis defiende que la vía de la interpretación es la mejor opción, al menos a corto plazo, para favorecer el apoyo mutuo entre estos régimenes de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible.

## SÉPTIMA

Efectivamente, aunque la negociación formal es siempre un recurso para buscar algunos cambios normativos en las normas de la OMC que favorezcan el desarrollo sostenible, lo cierto es que la negociación no parece ser una solución a corto plazo. Así lo demuestra el limitado mandato de la Declaración de Doha que, si bien ordena examinar algunos aspectos de la relación entre los regímenes que nos ocupan, es manifiestamente insuficiente para evitar el riesgo de que las normas de la OMC resten efectividad a los acuerdos ambientales pues no ordena examinar los aspectos potencialmente más controvertidos. Una solución negociada requeriría un nuevo mandato que incluyera un examen de todas las posibles interacciones entre éstos regímenes y de momento un mandato de estas características no está a la vista.

Por lo tanto, el activismo judicial, respetuoso de los límites del ESD, se presenta como la mejor opción a corto plazo para lograr una interpretación sostenible de los acuerdos comerciales. Esto podría lograrse a través del artículo 3.2 del ESD que dispone que cuando sea necesario aclarar los términos de los “acuerdos abarcados” cuyo sentido sea oscuro o vago se deben aplicar las normas consuetudinarias de Derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados. Esta disposición podría prestar un gran servicio al objetivo del desarrollo sostenible, ya que el contenido de algunos de los términos de las normas de la OMC con mayor potencial de restar eficacia a los acuerdos ambientales aún no han sido claramente definidos, por ejemplo, las exigencias del preámbulo y de las excepciones ambientales de los artículos XX del GATT y XIV del AGCS, las excepciones sobre patentabilidad del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC o el propio objetivo del “desarrollo sostenible” del preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC.

Las normas consuetudinarias sobre la interpretación de los tratados establecen como primera regla de interpretación que un acuerdo internacional debe ser interpretado según el sentido ordinario de sus términos, tomando en cuenta su contexto, objeto y fin. En la OMC, el objetivo del desarrollo sostenible que aparece en el preámbulo de su acuerdo constitutivo, en palabras del órgano de apelación: “debe dar color, consistencia y matiz a las interpretaciones de los acuerdos comerciales”. Aunque no siempre es sencillo determinar cuáles son las acciones concretas que se requieren para lograr el objetivo del desarrollo sostenible, no hay duda

de que este concepto busca lograr compatibilizar las necesidades sociales de desarrollo, las necesidades económicas de crecimiento y las necesidades ambientales de preservación del medio. Es claro pues que alcanzar el apoyo mutuo entre los régimenes en cuestión actualmente depende, al menos en parte, de que las disposiciones ambientales de los “acuerdos abarcados” sirvan, por un lado, para ilegitimar las medidas protecciónistas que limitan el crecimiento económico y el desarrollo y, por otro lado, se constituyan a la vez en un puerto seguro para las medidas ambientales no protecciónistas. Por ejemplo, una interpretación sostenible del artículo XX del GATT debería llevar a concluir que, salvo prueba en contrario, las medidas adoptadas para lograr los objetivos de un acuerdo multilateral cumplen las exigencias para que se justifiquen como excepción, pues la mera existencia del acuerdo indica que existe un preocupación ambiental auténtica tras la medida.

#### OCTAVA

Desde un punto de vista sustantivo, se podría lograr dar mayor peso a las consideraciones ambientales si son introducidas como derechos positivos en la interpretación del artículo III del GATT. Para tal efecto sería conveniente que empiece a considerarse el estudio del propósito normativo en la determinación sobre la similitud de dos mercancías. Del mismo modo, es importante que se reconozca que el artículo III no contiene una prohibición expresa de las restricciones comerciales basadas en los procesos o métodos de producción no relacionados a los productos.

El equilibrio que se pretende establecer no puede lograrse únicamente introduciendo los cambios sugeridos en la interpretación del artículo III, también es necesario que el artículo XX sea aplicado de forma efectiva. Para esto, se deben reconocer sus límites y condiciones naturales. Es decir, que el límite al recurso del artículo XX se encuentran en los objetivos de orden público establecidos en los incisos de la *a* a la *j* y que las condiciones son únicamente aquellas que se establecen en el preámbulo.

Ahora bien, el compromiso con el desarrollo sostenible que la OMC asume en el preámbulo de su acuerdo constitutivo podría traducirse en una realidad si se interpreta el artículo XX permitiendo la aplicación de restricciones comerciales para proteger los bienes ambientales cuya sostenibilidad esté en peligro. Para esto sería necesario evitar interpretar en

términos de límites jurisdiccionales la referencia al vínculo suficiente mencionado por el órgano de apelación en el asunto *Camarón-Tortugas*. Será importante también que se establezca un criterio que permita determinar cuándo una medida se justifica o no es arbitraria de conformidad a la cláusula introductoria del artículo XX. En ese sentido, las únicas condiciones pertinentes para determinar que entre dos países no existen las mismas condiciones y, por lo tanto, que el trato diferenciado entre éstos no es arbitrario o injustificado, debe tener alguna relación directa con el objetivo de orden público que se pretende proteger.

En la medida en que sean aplicables las anteriores interpretaciones del GATT deberían hacerse extensivas a otros acuerdos, en particular al AGCS.