

# REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

---

INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO



Centro de Derecho  
Económico Internacional

**ITAM**







# DIRECTORIO

## REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

**Editores: Bradley J. Condon y Gabriela Rodríguez**

**Editor adjunto: Yahir Acosta**

### **Consejo Editorial:**

Gabriela Álvarez (Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C., México), José Manuel Álvarez (Universidad Externado de Colombia, Colombia), Alberto do Amaral Júnior (Universidad de São Paulo, Brasil), Lorand Bartels, (Universidad de Cambridge, Inglaterra), Manuel Becerra (Universidad Nacional Autónoma de México, México) Pablo Bentes, Secretaría del Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Carlos Bernal (ITAM, México), Roberto Bouzas (Universidad de San Andrés, Argentina), Jorge Castro (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), Lourdes Catrain (Hogan Lovells, Bélgica), Umberto Celli (Universidad de São Paulo, Brasil), Carlos Correa (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Sergio Delgado Lecourt (México), Valentina Delich (FLACSO, Argentina), Eduardo Díaz (Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía., S.C., México), Esperanza Durán (Global Trade and Development Links, Suiza), Carlos Espósito (Universidad Autónoma de Madrid, España), César Guerra (Secretaría de Economía, México), Holger Hestermeyer (Max Planck Institute, Alemania), Gary Horlick (Oficinas de Gary Horlick, Estados Unidos), Jorge Huerta (Misión Permanente de México ante la OMC, Suiza), Pablo Klein (México), Doris López (Universidad de Chile), Milko Matijascic (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil), Andre de Mello e Souza (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil), Jorge Miranda (King & Spalding, LLP, Estados Unidos), Junji Nakagawa (Universidad de Tokio, Japón), Pedro Negueloatcheverry (Ministerio de Relaciones Exteriores, Argentina), Joost Pauwelyn, (Graduate Institute of International and Development Studies, Suiza), María Pereyra (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), Fernando Piérola (Centro de Asesoría Jurídica, OMC, Suiza), Edna Ramírez (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid, España), Sonia Rodríguez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México), Andrés Sennekamp (Secretaría del Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Bernardo Sepúlveda (Corte Internacional de Justicia, Holanda), Tapen Sinha (ITAM, México), Yvonne Stinson (México), Ramón Torrent, (Universidad de Barcelona, España), Gustavo Vega Cánovas (Colegio de México, México), Carlos Véjar (Secretaría de Economía, México), Jorge Witker, (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México), Herfried Woss (Woss & Partners, S.C., México), Alan Yanovich (Secretaría del Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Stephen Zamora (Universidad de Houston, Estados Unidos).

### **Consejo Asesor:**

Ross Buckley (Universidad de New South Wales, Australia), William Davey (Universidad de Illinois College of Law, Estados Unidos), Armand De Mestral (Universidad McGill, Canadá), Mateo Diego-Fernández (Comisión Federal de Competencia, México), Meg Kinnear (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Estados Unidos), Valerie Hughes (División de Asuntos Jurídicos, OMC, Suiza), John Jackson (Universidad Georgetown, Estados Unidos), Alejandro Jara (OMC, Suiza), Kirsten Hillman (Misión Permanente de Canadá ante la OMC, Suiza), Beatriz Leycegui (ITAM, México), Gabrielle Marceau (Universidad de Ginebra, Suiza), Fernando de Mateo (Misión Permanente de México ante la OMC, Suiza), Donald McRae (Universidad de Ottawa, Canadá), Bryan Mercurio (Universidad de Hong Kong, Hong Kong), Eduardo Pérez Motta (Comisión Federal de Competencia Económica, México), Ricardo Ramírez (Órgano de Apelación, OMC, Suiza), Eduardo Silva Romero (Dechert LLP, Francia), Alan Sykes (Universidad de Stanford, Estados Unidos), Peter Van den Bossche (Órgano de Apelación, OMC), Todd J. Wetmore (Shearman & Sterling LLP, Francia).

Los artículos publicados en esta revista son dictaminados con carácter anónimo por especialistas en la materia.

La Revista de Derecho Económico Internacional es publicada dos veces al año por el Centro de Derecho Económico Internacional del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), gracias al apoyo del Programa de Cátedras de la Organización Mundial del Comercio.

**[www.dei.itam.mx](http://www.dei.itam.mx)**

La revista busca promover el análisis y la investigación tanto en español como en portugués en materias como el sistema multilateral de comercio, los acuerdos comerciales regionales, la inversión extranjera, la propiedad intelectual, arbitraje internacional, la competencia y el derecho fiscal internacional.

Si está interesado en publicar con nosotros, o tiene dudas o sugerencias, favor de escribirnos a [dei@itam.mx](mailto:dei@itam.mx)

Revista de Derecho Económico Internacional. Prohibida su reproducción total o parcial sin el permiso por escrito del ITAM. Derechos reservados © (copyright), ITAM, México. Reserva de Derechos No. 04-2011-032410541000-203 (revista electrónica).

Diseño de portada: Dalia Lizardi, ITAM.

Producción: Yahir Acosta, ITAM.

Apoyo técnico: Ricardo Pérez Ríos y Ulises Juárez, ITAM.

Distribución: solamente electrónica.

Ciudad de México, México, septiembre de 2012.

REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL  
- Número Especial - Septiembre 2012 - Vol. 2, No. 3

ÍNDICE

<b>Editorial</b> .....	1
<i>Bradly J. Condon y Dorotea López</i>	
<b>Presentación Magistral</b>	
El Medio Ambiente y la OMC .....	5
<i>Alejandro Jara</i>	
<b>Artículos y Comentarios</b>	
Comercio y cambio climático: vínculos conceptuales y de regulación internacional.....	9
<i>Sebastián Herreros</i>	
Comentarios al artículo “Comercio y cambio climático: vínculos conceptuales y de regulación internacional” de Sebastián Herreros .....	29
<i>Roberto Bouzas</i>	
Políticas de Comercio y Medio Ambiente: en busca de un alineamiento .....	35
<i>Aluisio de Lima-Campos</i>	
Comentarios al artículo “Políticas de Comercio y Medio Ambiente: en busca de un alineamiento” de Aluisio de Lima-Campos .....	61
<i>Dorotea López</i>	
Subvenciones y Medio Ambiente .....	65
<i>Pablo Klein</i>	
Comentarios al artículo “Subvenciones y Medio Ambiente” de Pablo Klein .....	81
<i>Felipe Muñoz</i>	
La ‘polinización cruzada’ en la interpretación de los Acuerdos de la OMC en los casos de Comercio y Medio Ambiente .....	83
<i>Bradly J. Condon</i>	

Comentarios al artículo “La ‘polinización cruzada’ en la interpretación de los  
Acuerdos de la OMC en los casos de Comercio y Medio Ambiente” de Bradley J.  
Condon..... 125

*Perla Buenrostro Rodríguez*

Los Países en Desarrollo, el Cambio Climático y los Derechos de Propiedad Intelectual  
para las Variedades Vegetales ..... 133

*Bradly J. Condon y Tapen Sinha*

Comentarios al artículo “Los Países en Desarrollo, el Cambio Climático y los  
Derechos de Propiedad Intelectual para las Variedades Vegetales” de Bradley J.  
Condon y Tapen Sinha..... 163

*Luis Ángel Madrid Berroterán*

## EDITORIAL

Los artículos y comentarios incluidos en este número especial de la Revista de Derecho Económico Internacional son el resultado de las presentaciones y los diálogos sostenidos durante el Primer Congreso conjunto de las Cátedras OMC de Chile y México, titulado “El Derecho Económico Internacional: Desafíos del Medio Ambiente” realizado en el ITAM, en la Ciudad de México, en octubre 27 y 28 de 2011. Agradecemos mucho al programa de Cátedras de la OMC y al Departamento de Derecho del ITAM por el apoyo para este evento. Asimismo, agradecemos a todos los expositores, comentaristas, moderadores y asistentes al Congreso, así como a Perla Buenrostro y a Yahir Acosta, puesto que gracias a su valiosa participación pudo realizarse este encuentro de manera exitosa.

En esta Revista creemos firmemente no sólo en el intercambio de ideas, sino también en la confrontación de éstas. Este proceso dialéctico permite a los participantes descartar teorías infundadas y fortalecer argumentos. El requisito previo de dos dictámenes que impone esta Revista para publicar un trabajo académico es una expresión de este proceso, al igual que la presentación en congresos o mesas de diálogo. Es por esta razón que en su momento celebramos la realización del Congreso, del cual se presentan en este número los artículos y comentarios revisados y mejorados por sus autores.

El presente número sigue la dinámica propia de un coloquio o de un diálogo en el que, primero, se presenta un artículo principal seguido por un comentario de otro autor. En virtud de lo anterior, nos hemos tomado la libertad de crear un índice que visualmente refleje esta dinámica.

El escrito que abre esta edición es el de Alejandro Jara. Su conferencia inauguró los trabajos del Congreso y sirvió como una excelente introducción a las diferentes exposiciones ahí tratadas. La contribución de Jara a esta Revista nos habla del contexto económico y político mundial en el cual este debate tan importante tiene lugar hoy en día.

El primero de estos artículos es el de Sebastián Herreros. Su trabajo nos permite comprender la geografía institucional en la que se desarrollan las negociaciones internacionales sobre cambio climático. Cabe destacar que buena parte de este artículo analiza la relación del cambio climático con la región de América Latina y el Caribe. El autor plantea como objetivo dar respuesta a preguntas importantes, por ejemplo: ¿Cuál es el impacto del comercio en el cambio climático? y ¿Cuánto de este está representado por América Latina y el Caribe? Roberto Bouzas comenta el texto con un enfoque sobre las tendencias prevalecientes en el proceso de construcción del régimen internacional de cambio climático, así como en los desafíos y oportunidades que el tema plantea para la cooperación de los países de América Latina.

Por su parte, el artículo de Aluisio de Lima-Campos dirigió su análisis hacia la formación de las políticas de comercio y medio ambiente en los EE.UU, la Unión Europea y China, tratando de identificar la relación existente entre el cambio climático y las políticas ambientales. Su trabajo evidencia el grado de participación de las instituciones públicas, privadas y la sociedad civil en la creación de dichas políticas. Como él mismo señala, si se quieren obtener resultados es necesario buscar un alineamiento entre todos estos sectores.

Dorotea López apunta en su comentario que existe una “irrupción sin retorno” de los temas medioambientales en los asuntos comerciales, y no abordar esta relación solo lograría elevar la tensión en las relaciones económicas internacionales.

El artículo de Pablo Klein aborda el tema de subvenciones y medio ambiente, en el que identifica los subsidios como una espada de doble filo para el medio ambiente, motivo por el cual este tema irá cobrando cada vez más relevancia en su relación con el cambio climático. El comentario de Felipe Muñoz añade que el tema de las disparidades en el acceso de los países en desarrollo, por un lado, y los países desarrollados, por el otro, a tecnologías limpias, y el uso de subsidios para promover la utilización de estas tecnologías, irá cobrando mayor relevancia en la agenda de la gobernanza global, pero también tendrá repercusiones en foros como en la OMC.

Bradly Condon examina en su artículo la “polinización cruzada” en las interpretaciones de los acuerdos OMC para casos de comercio y medio ambiente. Cada vez es más común que las instituciones de solución de controversias en la OMC atiendan, y en algunos casos utilicen, lo anteriormente dicho en el contexto del GATT, por ejemplo, para resolver cuestiones del Acuerdo OTC o el Acuerdo MSF. Sin embargo, como bien señala Perla Buenrostro en su comentario a este artículo, la interpretación cruzada amerita cuidados extremos, sobre todo porque las interpretaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se insertan en un contexto donde hay diferentes grados de desarrollo entre países y donde el balance de los acuerdos de la Ronda Uruguay es altamente delicado.

Por último, Bradly Condon y Tapen Sinha presentan un artículo sobre los derechos de propiedad intelectual en cuestiones de biotecnología agrícola y cómo afectarán estos derechos a los países en desarrollo. Se espera que el cambio climático afecte más a los agricultores en los países en desarrollo. Los autores analizan el Acuerdo sobre los ADPIC, el Convenio de la UPOV y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y cómo las obligaciones internacionales de los países afectarán su capacidad para responder a los efectos del cambio climático con la biotecnología. Por su parte, el comentario de Luis Ángel Madrid ofrece un interesante contraste al artículo de Condon y Sinha, específicamente en el tema de limitaciones y excepciones en el derecho del titular de un derecho de propiedad intelectual.

Como podemos observar, la relación entre el medio ambiente y el comercio tiene muchas aristas y plantea interrogantes de diferente naturaleza. Lo cierto es que la falta de determinación sobre esta relación nutre el debate y permite la existencia de diferentes puntos de vista.

Para las Cátedras OMC de México y Chile la puesta en escena del Congreso ha sido un proyecto exitoso, no solamente en lo que respecta al debate sobre el tema medioambiental y comercial, sino también en relación con la creación de redes, el intercambio de ideas y la participación de académicos y alumnos de instituciones públicas y privadas.

Cordialmente,  
Bradly J. Condon  
Cátedra OMC México

Dorotea López  
Cátedra OMC Chile

**- ARTÍCULOS y COMENTARIOS -**



## EL MEDIO AMBIENTE Y LA OMC

*Alejandro Jara\**

La asociación entre las Cátedras OMC de México y Chile para realizar el Congreso “El Derecho Económico Internacional: desafíos del medio ambiente” en el ITAM, en la ciudad de México fue una gran iniciativa y ha probado ser una muy buena experiencia para el intercambio de información y puntos de vista entre académicos, funcionarios de gobierno y la sociedad civil.

El tema del Congreso es muy interesante y oportuno. Aunque la temática ya ha sido abordada y estudiada en otros encuentros, su resultado ha marcado tan sólo un comienzo en el análisis del tema, ya que éste es complejo y es evidente que aún queda mucho por hacer y decir al respecto.

Primeramente, debemos recordar que un estudio de la relación del comercio y el medio ambiente debe considerar y observar el contexto económico internacional. Actualmente existe una situación crítica y de alto riesgo, producto de cosas que suceden en ambos lados del Atlántico, pero también en Asia.

El comercio mundial se desacelera, incluso en las economías emergentes. Observamos con alguna preocupación que existe un aumento de medidas proteccionistas y un cambio cualitativo a las mismas. Estas medidas proteccionistas incluyen el uso incorrecto o abusivo de medidas tradicionales como el antidumping, así como otras medidas, como compras públicas y apoyos fiscales, que condicionan sus ventas o su entrega al origen nacional de sus beneficiarios. Asimismo, también advertimos el aumento en el uso de restricciones injustificadas a las exportaciones y otras medidas de carácter tributario.

Evidentemente la crisis económica ha sido el catalizador en el abuso de medidas restrictivas del comercio. Si bien, dicha crisis económica estuvo contenida durante su primera etapa, actualmente volvemos a encontrarnos en un contexto de incertidumbre respecto del futuro de la economía global. Así las cosas, muchos gobiernos son presionados para utilizar este tipo de medidas, algunas veces vulnerando sus obligaciones internacionales y en todo caso en contravención de compromisos asumidos al más alto nivel político, como por ejemplo en el G-20.

Por otro lado, en el contexto internacional no sólo nos encontramos sumergidos en una crisis económica, sino que también estamos preocupados por la crisis política actual, que caracteriza la parálisis en las negociaciones en el seno de la OMC. Esta parálisis no es solamente fruto de la falta de acuerdos en temas tradicionales como el acceso al mercado en productos agrícolas y no agrícolas, sino que responde a la nueva realidad del surgimiento

---

\* Director General Adjunto de la Organización Mundial del Comercio.

de las economías emergentes. Las principales potencias ahora demandan de dichas economías concesiones mucho mayores de lo que habían previsto hace 10 años. Esta alteración de las realidades y equilibrios al parecer tenderá a agudizarse, haciendo el consenso más difícil de lograr con el paso del tiempo

Pero la falta de acuerdos no es un lastre exclusivo de la OMC. Esto también sucede en las negociaciones del Convenio Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas. Hay una legítima preocupación sobre la incertidumbre que genera la falta de acuerdos políticos de naturaleza multilateral respecto a la manera de combatir el cambio climático. Estas negociaciones se relacionan con el proceso de negociaciones de la OMC, en la medida en que el resultado de las negociaciones del Convenio Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas marcará la pauta en las negociaciones de la OMC respecto al tema de la relación del cambio climático y el comercio internacional. Por lo tanto, el escenario actual de indefinición sobre este tema se traduce en incertidumbre respecto de si los instrumentos de los cuales disponemos en la OMC son suficientes para dar un marco de disciplinas para los efectos de políticas públicas y de políticas comerciales. Tampoco tenemos certeza de hacia dónde se conducirán las medidas nacionales adoptadas unilateralmente para mitigar los efectos del cambio climático. Sin embargo, en muchos casos los efectos de estas medidas pueden afectar al comercio internacional como por ejemplo, las medidas que está adoptando la Unión Europea en materia de tráfico aéreo.

Respecto a la relación del medio ambiente y el comercio internacional, quisiera centrarme ahora sobre un aspecto que me parece de la más alta importancia. Considero que los desafíos que presentan el tema ambiental en general, y el cambio climático en particular, son enormes especialmente teniendo en cuenta la magra situación de la economía mundial. Es poco probable que toda la investigación, la innovación, y el desarrollo de las tecnologías “verdes” vaya a poder ser financiada exclusivamente por los mercados privados internacionales. Estas actividades implican un alto grado de riesgo, y el contexto financiero actual implica justamente una aversión al riesgo.

Por lo tanto, creo que es inevitable que haya una fuerte inversión pública. En otras palabras, la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías limpias será impulsada en buena medida por la participación activa de los Estados, directa o indirectamente. El uso de fondos públicos para incentivar estas nuevas tecnologías conllevará el otorgamiento de subsidios. Naturalmente éstos van a generar alteraciones en el mercado, re-asignación de recursos y distorsiones que pueden modificar la competitividad entre las empresas.

Una primera inquietud es que los Miembros de la OMC no tendrán la misma capacidad para otorgar tales tipos de apoyo. Otra inquietud es que estos apoyos pueden ser causa de perjuicio o amenaza de perjuicio grave para los intereses de otro Miembro, erosionando las ventajas arancelarias negociadas anteriormente. Entonces, aunque el objetivo sea el de alcanzar un fin público o atender los desafíos que presenta el tema ambiental, existe el riesgo de que los apoyos gubernamentales puedan causar distorsiones graves en los mercados. La pregunta que surge ante este contexto es si ¿acaso las reglas actuales en la OMC son suficientes para contener o minimizar esas distorsiones, y poder por lo tanto ganar una cierta estabilidad en el sistema?

Como vemos, es necesario reflexionar sobre la capacidad que tiene el sistema para responder a este desafío. ¿Acaso este sistema tiene la capacidad analítica y la capacidad política de atender a estos retos? ¿Cómo formular y organizar una agenda de investigación, reflexión y análisis, y posteriormente una agenda de negociación y de acción?

No queda duda que es fundamental avanzar en la reflexión entre los Miembros de la OMC sobre cuáles son los problemas y cuáles son las opciones que hay en materia de política, y en materia de cooperación internacional, para superar los obstáculos en las negociaciones. Tener una base analítica sólida es fundamental para que los países cuenten con herramientas para anticipar las consecuencias de sus decisiones, para que estén conscientes de cómo conformar agendas para el futuro, para que tengan la capacidad de analizar los impactos en sus propias economías, así como sobre sus propias sensibilidades sociales y políticas, y para que aborden las negociaciones de manera abierta y constructiva.

Es por esta razón que ejercicios como el Congreso organizado por las Cátedras OMC de México y Chile ayudan a generar un análisis para mejorar la investigación, para tener datos científicos sobre los instrumentos de los que disponemos actualmente, para la adopción de posturas informadas y por lo tanto, poder ayudar a los encargados de la toma de decisiones, contribuyendo así a lograr una cooperación internacional que sea mejor y más profunda.

Por lo tanto, la organización por parte de las Cátedras OMC de México y Chile para realizar el Congreso “El Derecho Económico Internacional: desafíos del medio ambiente”, así como la participación de sus expositores, comentaristas y asistentes al Congreso, me parece una aportación muy relevante para el debate informado sobre el tema. No menos importante es la difusión de los resultados, así como la forma en la que se sintetizan las conclusiones que han surgido de este ejercicio. Me parece que el incluir las exposiciones y comentarios del Congreso en un número especial de la Revista de Derecho Económico Internacional es una excelente forma de lograr esta meta.



## COMERCIO Y CAMBIO CLIMÁTICO: VÍNCULOS CONCEPTUALES Y DE REGULACIÓN INTERNACIONAL \*\*

*Sebastián Herreros\**

*Resumen:* Este artículo analiza el tema del cambio climático y su relación con el comercio internacional. Se comienza por definir estos temas y hacer un recuento breve de los hechos más relevantes. A continuación, se analizan los vínculos entre comercio y cambio climático. En tercer lugar, se intenta responder las preguntas ¿cuánto aporta el comercio al cambio climático? y ¿cuánto de ello representa América Latina y el Caribe? En cuarto lugar, se aborda el tópico bajo el encuadre del marco multilateral, es decir, bajo la óptica de las negociaciones en el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y en la Organización Mundial del Comercio (OMC). En quinto lugar, se examinan algunas iniciativas nacionales para combatir el cambio climático y sus riesgos para las exportaciones de América Latina y el Caribe. En sexto lugar, se analizan las oportunidades y desafíos de política para América Latina y el Caribe. Por último, se aborda la pregunta de cuál es el rol que debiera jugar el sistema multilateral de comercio en el abordaje internacional del cambio climático.

*Palabras clave:* OMC, CMNUCC, comercio internacional, cambio climático, calentamiento global, América Latina y el Caribe.

*Abstract:* This article analyzes the issue of climate change and its relation to international trade. The paper begins by defining these issues and providing a short account of some stylized facts. Next, it analyzes the links between trade and climate change. Thirdly, it attempts to answer the questions: how much does trade contribute to climate change?, and how much of this contribution is accounted for by Latin America and the Caribbean? Fourthly, the topic is addressed within the scope of the multilateral framework, i.e. both the negotiations at the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and at the World Trade Organization (WTO). In fifth order it examines some national initiatives to combat climate change and their risks for the exports from Latin America and the Caribbean. In sixth place, it analyzes the opportunities and policy challenges for Latin America and the Caribbean. Finally, it deals with the question of what role should the multilateral trading system play in the international regulation of climate change.

---

\*\* Este artículo fue adaptado por los editores de esta Revista y el autor de este artículo, de la presentación del autor de este artículo realizada en el Congreso “El Derecho Económico Internacional: desafíos del medio ambiente” en el ITAM, en la ciudad de México en octubre de 2011.

\* Experto Regional, División de Comercio Internacional e Integración de la CEPAL (desde marzo de 2009). Previamente se desempeñó durante 13 años en la Dirección Económica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, incluyendo como Consejero en la Misión de Chile ante la Organización Mundial del Comercio (2002-2007). Ingeniero Comercial con Mención en Administración de Empresas de la Pontificia Universidad Católica de Chile (1994), *Master of Science* en Economía Política Internacional, *London School of Economics and Political Science* (1999). Autor de varios artículos y capítulos de libros sobre el sistema multilateral de comercio y política comercial y negociaciones en América Latina.

*Keywords:* WTO, UNFCCC, international trade, climate change, global warming, Latin America and the Caribbean.

## I. Introducción

El fenómeno del cambio climático es complejo. La persona común escucha pedazos de información aquí y allá al respecto, pero hace falta una síntesis de cuáles son los canales que unen a los distintos componentes de dicho fenómeno. Este trabajo aborda la interfaz entre el comercio y el cambio climático desde distintas perspectivas. La primera se refiere a los vínculos conceptuales que existen entre el comercio y el cambio climático, y que corren en ambos sentidos. La segunda se refiere a la dimensión jurídica, tema que tiene que ver con la existencia de dos regímenes internacionales, uno que aborda el cambio climático y otro que regula el comercio internacional. Se trata por lo tanto de identificar cuáles son los vasos comunicantes entre ambos regímenes, si es que existen. Una tercera perspectiva, aunque existen otras, tiene que ver con el debate de política pública interna en los países latinoamericanos y caribeños, sobre cómo enfrentar este nuevo contexto internacional, en el cual los productos que ellos exportan, principalmente a los países industrializados, comienzan a verse enfrentados a nuevas exigencias, vinculadas en medida creciente con la temática del cambio climático, y por lo tanto cómo responden nuestros gobiernos y sectores privados a este desafío. Aunque esta tercera dimensión es apasionante, por cuestiones de espacio, casi no voy a referirme a ella.

Específicamente, este trabajo analizará y sacará algunas conclusiones sobre los siguientes puntos:

- Cambio climático: Definición y hechos estilizados
- Vínculos entre comercio y cambio climático
- ¿Cuánto aporta el comercio al cambio climático? ¿Y cuánto de ello representa América Latina y el Caribe?
- El marco multilateral: Las negociaciones en la Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y en la OMC
- Iniciativas nacionales y sus riesgos para América Latina y el Caribe
- Oportunidades y desafíos de política para América Latina y el Caribe
- ¿Qué rol le cabe al sistema multilateral de comercio?

## II. Cambio climático: Definición y hechos estilizados

El Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), en su Artículo 1, define el cambio climático como: “Un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos comparables”. Evidentemente, la definición deja fuera los cambios acaecidos naturalmente o los “actos de dios”, así llamados desde la tradición jurídica americana. La manifestación más conocida del cambio climático es el calentamiento global, esto es, el aumento de la temperatura media global, especialmente desde el siglo XX.

Existe una serie de estudios teóricos y sobre todo empíricos, los cuales nos permiten sacar unas cuantas conclusiones bastantes robustas. Admitimos que ninguna de ellas es absolutamente incontrovertible, pero en general todas ellas apuntan en la siguiente dirección: El calentamiento global existe y es causado por el hombre. Los estudios indican

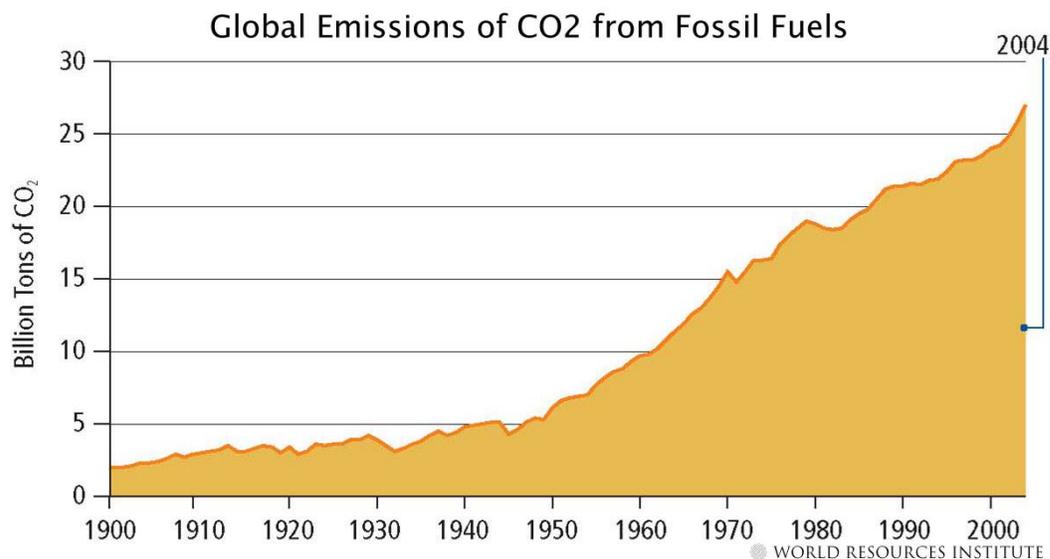
que efectivamente el cambio climático está ocurriendo. Por ejemplo, a lo largo del siglo pasado, es decir durante el siglo XX, la temperatura mundial aumentó en promedio 0,74 grados Celsius. Esta cifra probablemente nos puede parecer insignificante, o podría indicar que no existe nada demasiado inquietante, pero según los climatólogos y expertos estos aumentos de temperatura pueden tener consecuencias devastadoras, como se verá a continuación.

El cambio climático continuará *incluso* aunque *hoy* se realicen fuertes reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero (CO<sub>2</sub>, CH<sub>4</sub>, N<sub>2</sub>O). Esto se debe a que existe un efecto inercial en el calentamiento global. Por ejemplo, en el caso hipotético, y por demás fantástico, en el que hoy la humanidad dejara de producir cualquier cosa, se detuvieran todas las fabricas del mundo, se cancelara el transporte aéreo y marítimo, aún en ese supuesto el proceso del calentamiento continuaría porque estos gases de efecto invernadero (dióxido de carbono, metano y el óxido nitroso) tienden a permanecer un largo periodo en la atmósfera.

Este efecto inercial haría que la temperatura mundial aumente entre 1,4 y 6,4°C entre 1990 y 2100, dependiendo del escenario de crecimiento económico. Más de 2°C de aumento de temperatura es considerado peligroso, porque es el umbral a partir del cual se pueden generar alteraciones muy difíciles de prever en el clima. Es decir, se sabe que esas alteraciones se van a generar, no se sabe cuáles y en qué momento preciso, pero es el umbral de dos o tres grados de incremento en el clima a partir del cual se empiezan a producir cambios en los patrones de lluvia, en los fenómenos de hielo y deshielo, el aumento de los niveles del mar, poniendo en peligro a muchos países. Por ejemplo, Bangladesh, que tiene más de 150 millones de habitantes, todos los cuales viven bajo el nivel del mar. Todas estas situaciones pueden darse de manera mucho más frecuente de lo que ha sucedido históricamente.

En realidad, esto tiene que ver directamente con el aumento en las emisiones de gases de efecto invernadero a partir de mediados del siglo XX, como lo muestran en las gráficas presentadas a continuación. Claramente entre 1940 y 1950 se produce un punto de inflexión, y desde entonces las emisiones van continuamente al alza en el mundo.

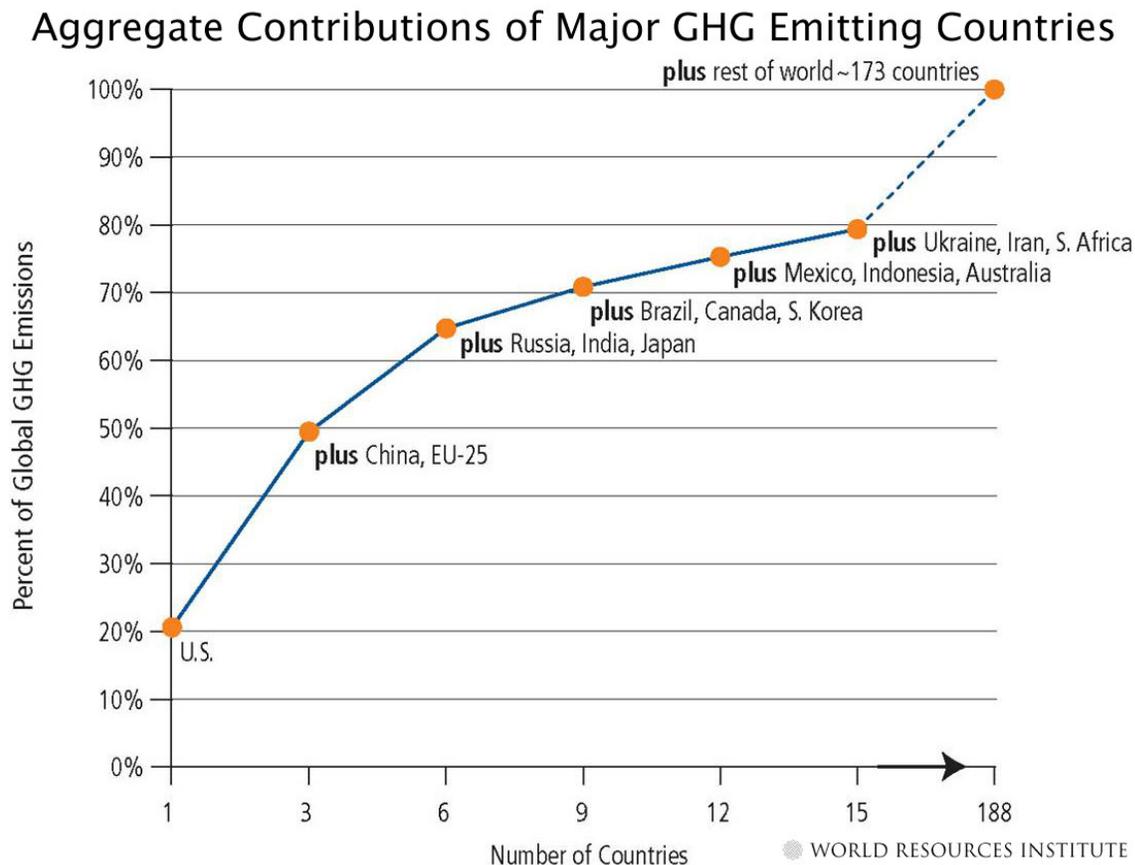
Gráfica 1: Las emisiones de CO<sub>2</sub> por uso de combustibles fósiles se han acelerado desde mediados del S. XX



En la segunda gráfica podemos observar que los principales países responsables de estas emisiones forman un grupo bastante concentrado. En el eje vertical se puede ver el porcentaje acumulado de emisiones que representan esos países. Los Estados Unidos por sí solos ya representan el 20% de las emisiones, si le sumamos a China y a la Unión Europea ya estamos en el 50%. Y si empezamos a sumar a algunas economías emergentes (los denominados BRICs), así como a algunos países no BRICs, pero importantes como México y Corea llegamos rápidamente al umbral del 80%. Por lo tanto, todo el resto de los países del mundo son los responsables del 20% restante. Por lo tanto, estos países hacen un aporte bastante marginal al fenómeno del cambio climático. Ello incluye a la gran mayoría de los países de América Latina y el Caribe, con excepción de Brasil y México.

Históricamente este fenómeno de gran acumulación de emisiones de gases de efecto invernadero hasta el día de hoy ha sido responsabilidad esencial de los países industrializados. No obstante, proyectando de aquí hacia adelante el grueso del aumento de las emisiones del mundo en la próxima década va a corresponder a las economías emergentes. Si observan las proyecciones al año 2025 del *World Resources Institute*, van a ver que en mundo se espera que las emisiones aumenten un 57%, pero que mientras que en el mundo desarrollado aumentarían 25%, en el mundo en desarrollo aumentarían en 84% y en algunos casos el incremento sería aún superior. Este sería, por ejemplo, el caso de China (cerca de 120%) y México (124%), entre otros.

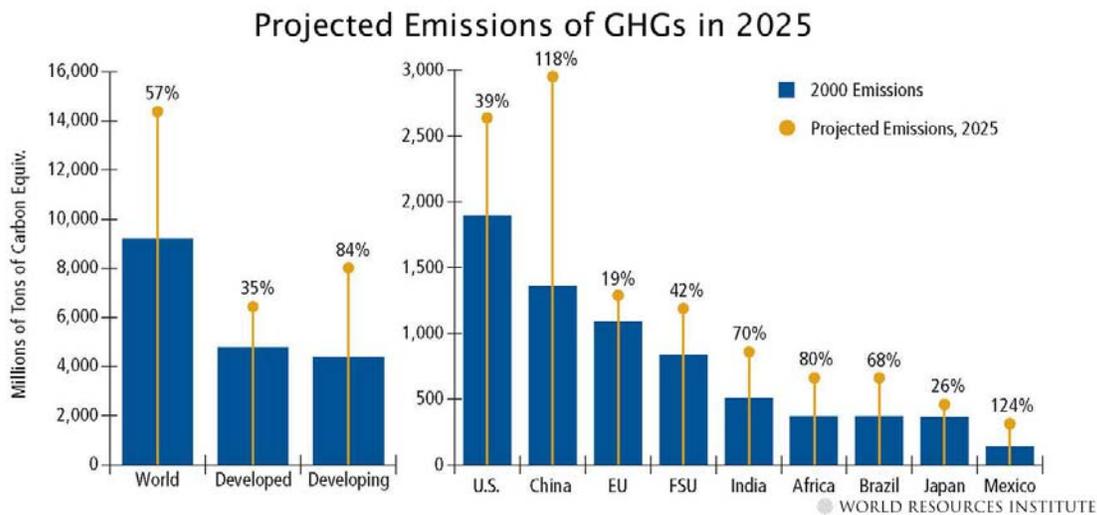
Gráfica 2: 15 países (contando a la UE como uno) representan el 80% de las emisiones mundiales de GEI



Históricamente, la responsabilidad por el estado de las cosas tal como están al día de hoy corresponde inequívocamente a los países industrializados. El punto es que el problema sigue existiendo, se va acentuar en el futuro, y la mayor parte de la responsabilidad por esa acentuación corresponderá a los países emergentes.

El punto es que, dado el mayor dinamismo económico actual y esperado de los países en desarrollo, éstos van a tener que concurrir a la solución de alguna manera, porque también van a ser parte creciente del problema.

Gráfica 3: En el primer cuarto del S. XXI los mayores aumentos de emisiones de GEI se registrarían en los países en desarrollo. Entre 2005 y 2030, las emisiones de GEI crecerían en un 0,5% anual en los países de la OCDE, pero en un 2,5% anual en los países no OCDE.



### III. Vínculos entre comercio y cambio climático

¿Cuáles son los vínculos conceptuales entre el comercio y cambio climático? En esta sección se estudiarán los vínculos y los impactos, primero del cambio climático sobre el comercio, y en segundo lugar de la apertura comercial sobre el cambio climático.

#### 1. Impactos del cambio climático sobre el comercio

Desde el cambio climático hacia el comercio, básicamente son dos elementos:

##### A. Cambios en ventajas comparativas (especialmente en sectores como agricultura, pesca, silvicultura). Reasignación de recursos y cambio en matriz de intercambios comerciales.

Por un lado, el cambio climático incide en los patrones de ventaja comparativa de los países, particularmente en aquellos países cuyo comercio internacional está ligado con su clima o con su situación geográfica. Este sería el caso, por ejemplo, de que la temperatura aumente en determinada región de un país a un punto tal en que cierto cultivo que se comerciaba ya no se pueda cultivar porque el clima no lo permite, o en caso contrario, un país con clima frío que no producía ciertos cultivos que a partir del aumento de temperaturas pueda comenzar a producirlos. Esto implica, por lo tanto, que el cambio climático puede llegar a modificar el mapa de los intercambios comerciales entre los países.

Lo mismo puede decirse para la pesca, en la medida en que el cambio climático tenga un efecto de calentamiento de las aguas que no va a ser homogéneo en todo el mundo. Así, podemos anticipar que ciertas pesquerías van a desaparecer o se van a reducir enormemente en ciertas cuencas marinas y quizás van a aumentar en otros lugares.

**B. Efectos sobre infraestructura y rutas de transporte comercial. Vulnerabilidad de cadenas de suministro, transporte y distribución.**

El segundo efecto tiene que ver con las propias rutas del comercio, la infraestructura y la logística del comercio. Por ejemplo, si sube el nivel de las aguas en regiones del sur de Asia como Bangladesh, es probable que los puntos usados como puertos comerciales dejen de ser funcionales. Otro ejemplo es el caso de las rutas marítimas en el polo norte, las cuales han comenzado a utilizarse. Antes no se navegaban porque estaban permanentemente cubiertas de hielo, pero recientemente durante el verano se han comenzado a navegar para abrir una ruta que conecta más fácil, rápida y eficientemente a Asia con Europa. Estos ejemplos ilustran las maneras en las cuales el cambio climático puede tener un impacto directo sobre el comercio.

**2. Impactos de la apertura comercial sobre el cambio climático**

Ahora, cambiando los elementos de la pregunta, nuestro análisis se centrará en dilucidar cuál es el impacto que tiene la apertura comercial sobre el cambio climático. El marco conceptual con el cual podemos analizar esta pregunta puede darse en función de tres efectos distintos que son escala, composición y tecnología.

- Efecto Escala (+)
  - Mayor emisión de GEI por aumento de la actividad económica
- Efecto Composición (?)
  - Cambio en peso relativo de sectores más intensivos en energía (estructura X)
- Efecto Tecnología (-)
  - Reducción en intensidad de emisiones por mejoría en los métodos de producción
- Efecto neto dependerá de magnitud de los 3 efectos individuales

El efecto escala tiene que ver sencillamente con la intuición de que la apertura comercial puede inducir a un mayor nivel de comercio y ese mayor nivel de comercio va a inducir a un mayor nivel de actividad económica, es decir se va a producir más, va a haber más transporte, y todo ello va a generar mayores emisiones.

Por su parte, el efecto composición tiene que ver con los reacomodos en la matriz exportadora de los distintos países producto del cambio climático, es decir, a causa del cambio climático algunos países van a convertirse en exportadores de ciertos productos, y otros se van a convertir en importadores de los mismos, y por lo tanto para cada país en particular el efecto composición puede ser positivo o negativo si es que su ventaja comparativa se va a acercar hacia aquellos productos que son más intensivos en emisiones de carbono. Eso quiere decir que un mayor comercio para ese país probablemente va a implicar un mayor grado de emisión. Por el contrario si la ventaja comparativa del país se

da hacia sectores de baja intensidad de emisión de carbono entonces el efecto composición más bien apuntaría a que el comercio va a implicar menores niveles de emisión. Este análisis por definición es específico a cada país, no puede ser generalizado.

Por último, el efecto tecnología tiene que ver con la presunción de que una mayor apertura comercial posibilita a los países tener acceso a tecnologías más limpias, a nuevos modos de producir, a bienes intermedios y de capital más verdes, y por lo tanto que en el mediano plazo el acceso a esos bienes les va a permitir a esos propios países ir moviéndose hacia patrones de producción y de importación más limpios. Por lo tanto, el efecto tecnología operaría en contraposición al efecto escala, ya que mientras el efecto escala implica que entre más comercio más emisiones, el efecto tecnología nos diría mientras más comercio, más acceso a tecnologías limpias y por lo tanto presumiblemente menos emisiones.

Por lo tanto, como vemos hay un signo positivo, un signo negativo y un signo que es indeterminado y eso implica que el análisis *a priori* no se puede hacer generalizable si no de acuerdo a las características específicas de cada país.

- Estudios sugieren que, en el agregado, la liberalización del comercio induciría un  $\Delta+$  de las emisiones de GEI, pero con impactos diferentes según el nivel de ingreso de los países
- Más comercio reduciría las emisiones en la OCDE y las elevaría en el resto (inicialmente)
  - En países más pobres  $\Delta+$  comercio  $\rightarrow$   $\Delta+$  actividad económica  $\rightarrow$   $\Delta-$  calidad ambiental (Curva ambiental de Kuznets)
  - Pasado cierto umbral de ingreso per cápita, aumenta la demanda por sustentabilidad/medio ambiente limpio

Si hemos de buscar conclusiones más generalizables, haríamos eco de la observación que han hecho algunos economistas sobre la existencia de lo que se llama la curva ambiental de Kuznets, en la cual los países con niveles de ingreso *per capita* muy bajo, los países muy pobres, tiene relativamente pocos grados, niveles bajos de degradación ambiental. A medida que se van haciendo estos países más ricos, la degradación ambiental aumenta y tras pasados ciertos ingresos *per capita*, nuevamente la degradación ambiental tiende a disminuir.<sup>1</sup> Esto tiene que ver con que los países más pobres son generalmente economías agrarias, por lo tanto sin industria y que por lo tanto tienden a generar pocas emisiones de gases de efecto invernadero. A medida que el país se va desarrollando, comienza a producir más bienes y servicios, se va a haciendo más rico, y genera más actividad económica, es decir, más manufactura, más transporte, y eso implica mayores niveles de emisiones y de degradación ambiental. Por último, pasado cierto umbral, cuando la sociedad ya está más desarrollada, tiene ya sus necesidades básicas mejor cubiertas, comienza a generarse una mayor demanda por un medio ambiente limpio. Esto suena razonable intuitivamente, sin perjuicio de que hay estudios que apuntan a que sí existiría tal curva y hay otros que apuntan en la dirección opuesta.

---

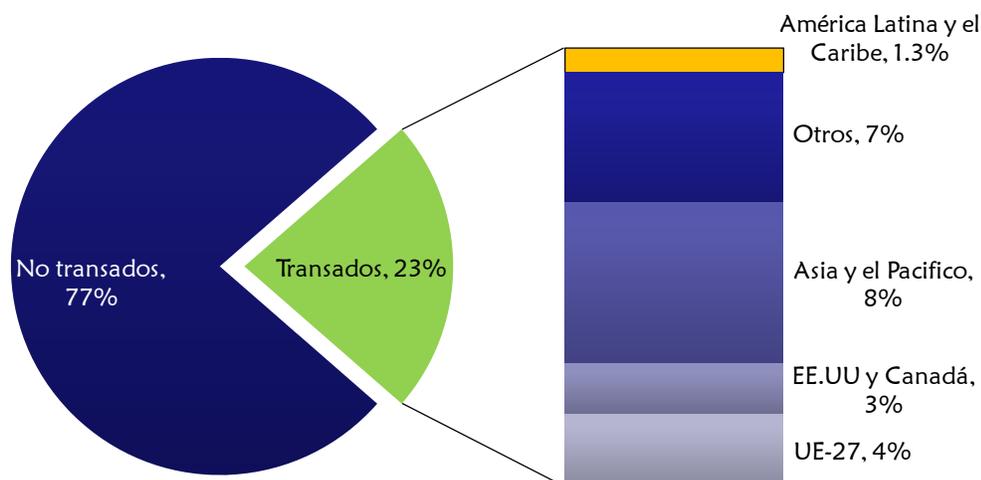
<sup>1</sup> Nota del Editor: Recientemente el argumento sobre la curva de Kuznets fue esgrimido por China ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el caso *China – Restricciones a la exportación*.

#### IV. ¿Cuánto aporta el comercio al cambio climático?

¿Cuánto representa el comercio de las emisiones mundiales de gases del efecto invernadero (que son las que están presentes en el cambio climático)? El comercio internacional es responsable de la cuarta parte de las emisiones mundiales de gases del efecto invernadero. La región de América Latina representa el 6% del total mundial.

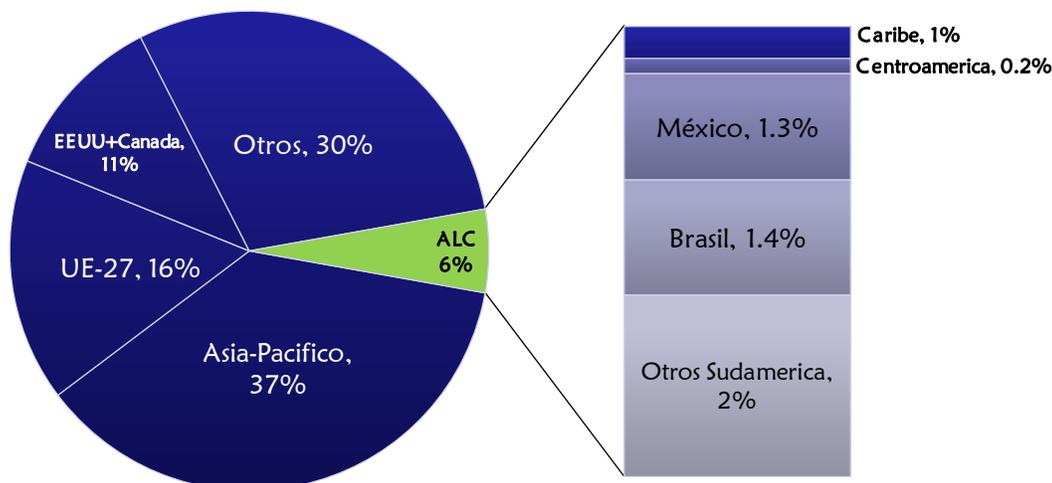
Esta cifra y los siguientes datos y su gráfica fueron obtenidas del *World Resources Institute*. Lo que se observa de inmediato en la siguiente gráfica es que la actividad no transable, es decir los bienes y servicios destinados a ser consumidos internamente en los propios países, representan sobre tres cuartas partes de las emisiones globales de gases de efecto invernadero. Por el contrario, el sector transado de bienes y servicios (aquel asociado con el comercio), particularmente bienes que son los que físicamente se tienen que producir y después ser trasladados de un país a otro representa un poco menos de un cuarto de las emisiones mundiales de GEI. De esa contribución, América Latina representa alrededor del 6%, es decir, una participación bastante marginal.

Gráfica 4: Emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), 2005 (porcentaje del total de las emisiones en el mundo)



Si nos concentramos en el pedazo verde en la gráfica (el 23%), este 6% que hemos mencionado se diluye al 1,3%. Ahora, como es más o menos lógico, de ese 6% que le corresponde a América Latina, más del 80% lo representa América del Sur (con un peso muy fuerte de Brasil) y México. Por lo tanto, la contribución de Caribe y Centroamérica es bastante marginal.

Gráfica 5: América del Sur (principalmente Brasil) y México son responsables por más del 80% de las emisiones de la región relacionadas con el comercio internacional. Emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en las exportaciones, 2005 (porcentaje del total mundial)

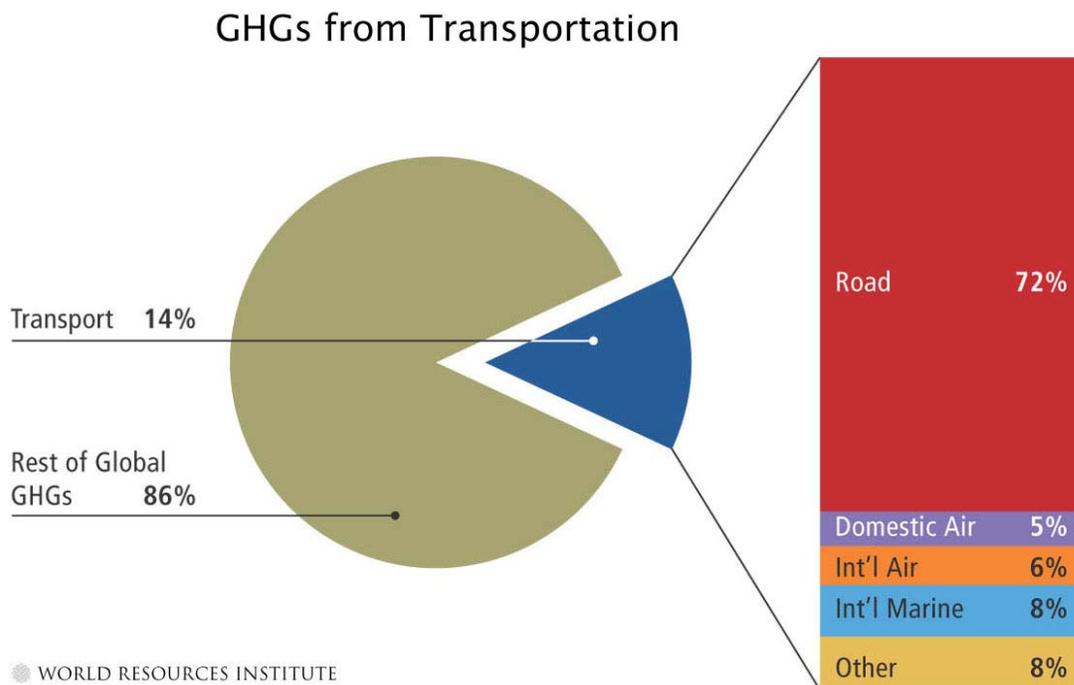


Una cosa interesante de notar es que el comercio por definición lleva asociado transporte. ¿Cómo se conduce el comercio internacional, es decir en qué medio de transporte? El 90% de comercio mundial medido en volumen<sup>2</sup> se hace por vía marítima, la cual es la más eficiente en términos de emisión por valor, por volumen transportado *vis-a-vis* el transporte terrestre o transporte aéreo.

Es un tema interesante de tener en cuenta. Por lo tanto, es verdad que el comercio hace un aporte al cambio climático, pero no es un aporte tan enorme, estamos hablando de un cuarto de las emisiones totales. Y un punto importante es que los focos asociados a las emisiones asociadas al transporte podrían ser mucho peores, pero no lo son precisamente porque la mayor parte del transporte internacional se hace por vía marítima, que ocurre que justamente es la manera más eficiente de los medios conocidos actualmente con la tecnología disponible.

<sup>2</sup> El 70% medido en valor, pero lo que importa más para este análisis es el volumen.

Gráfica 6: El 90% del volumen del comercio internacional se transporta por vía marítima, que es la más eficiente en términos de emisiones de GEI



## V. El marco multilateral

Quisiera partir primero con el proceso que está teniendo lugar en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), haciendo una brevísima reseña histórica. A finales de los años 80 se propone un panel intergubernamental de expertos en Naciones Unidas para estudiar la posible amenaza del cambio climático. Estamos hablando de algo que no estaba en debate 25 o 30 años atrás, y ese informe del primer panel efectivamente indicó que el cambio climático era un fenómeno que existía y que constituía una amenaza, no solo para la economía mundial sino para el funcionamiento del planeta, por así decirlo, y para los seres humanos. A partir de eso entonces se genera la CMNUCC durante la famosa Cumbre de la Tierra que tuvo lugar en el año 1992. El objetivo de la Convención fue estabilizar los niveles de emisiones en torno a los niveles existentes en 1990.

El problema de origen de la CMNUCC es que no traía estipulados objetivos cuantificables y vinculantes de reducción de emisiones por país. Por lo tanto, se genera una demanda por un segundo instrumento que hiciera esto. El Protocolo de Kioto se comienza a negociar en 1995, y se firma en 1997, la negociación continúa después de la firma hasta el año 2001, y recién entra en vigor en 2005, producido ya un número suficiente de ratificaciones. Lo que hizo el Protocolo de Kioto fue operacionalizar los objetivos de la convención marco por la vía de fijar compromisos precisos, cuantitativos y vinculantes para los países, pero solo para los países industrializados y eso en la lógica de que, recordemos que estamos hablando más de 15 años atrás, todavía el fenómeno de industrialización aguda y producción masiva realizado por los países emergentes no estaba tan presente en el debate. Por lo tanto, en el Protocolo de Kioto lo que se hizo fue nada más reconocer el

hecho de que los países industrializados eran los responsables por el grueso de las emisiones acumuladas hasta ese momento, y por ello se consignó que solo a ellos (y a algunos países en transición) les correspondía hacer reducciones vinculantes en sus emisiones. El objetivo, relativamente modesto, era llegar al año 2012 con un nivel de emisiones promedio de los países industrializados menor en 5% a lo que había sido en el año 1990. Esto se haría de manera gradual. En la práctica esto representó una mínima variación para algunos países, e incluso algunos podían tener derecho a aumentar sus emisiones, como por ejemplo Islandia (+10%).

Estados Unidos firmó el Protocolo de Kioto, y accedió a una leve reducción del 7%. Cuando esto fue presentado al congreso, fue rechazado unánimemente, con una votación 95 a 0 en el senado, y por lo tanto nunca entró en vigor. Ello implicó que cerca de un tercio de las emisiones totales de los países industrializados quedaran automáticamente fuera del sistema. Los motivos de este tajante rechazo son diversos. Por un lado, no había conciencia sobre la gravedad del problema como la que existe hoy. Por otro lado, en términos de competitividad es cierto que hacer estas reducciones cuesta dinero, y éste es un esfuerzo que en Estados Unidos parece que simplemente no están dispuestos a hacer (especialmente si no viene acompañado de esfuerzos comparables de parte de las principales economías emergentes).

Moviéndonos ya más cerca del presente, lo que ocurrió es que efectivamente las emisiones a nivel mundial aumentaron en 24%, pese a los compromisos asumidos en el Protocolo de Kioto. Es decir, claramente el esfuerzo no va a ser suficiente para abordar el problema en la medida en que esté confinado sólo a los países industrializados.

### **1. *Los países industrializados y en desarrollo abordan las negociaciones sobre cambio climático desde distintas ópticas***

#### Países industrializados

- Fuerte sensibilidad ambiental
- Protección de competitividad de industrias domésticas (evitar “fuga de carbono”)
- Fomento de nuevas industrias de alta tecnología

#### Países en desarrollo

- Prioridad al crecimiento y desarrollo
- Defensa del acceso a mercados claves de exportación
- Financiamiento y transferencia de tecnología para adaptación y mitigación

Por lo anteriormente explicado, en el año 2005 se inician negociaciones para, por un lado, mejorar la aplicación de la propia Convención, y por otro, definir nuevos compromisos de reducción para los países tras el término en 2012 del primer periodo de aplicación del Protocolo de Kioto.

Es decir, tenemos un calendario de reducciones de emisiones que se terminan en el año 2012 bajo el Protocolo de Kioto. Por lo tanto, es preciso definir precisamente la trayectoria post-2012, y eso es lo que se está negociando.

En consecuencia, hoy hay dos procesos multilaterales de negociación en curso, que son formalmente independientes, pero que en la práctica están estrechamente vinculados. El tema de fondo que los une es cuál va a ser el aporte que los países industrializados y los principales países emergentes hagan al combate del cambio climático en los próximos años.

Hoy parece claro que al menos China, al menos Brasil, al menos India, al menos probablemente México, Indonesia, Sudáfrica, van a tener que asumir algún tipo de compromiso de reducción. Estos compromisos no tienen que ser necesariamente igual de vinculantes o exigentes que los de los países industrializados, pero estos países mencionados algo van a tener que hacer, y por lo tanto ese es el centro de la discusión.

Actualmente nos encontramos lejos de un acuerdo justamente porque los países dicen: “yo estoy dispuesto a reducir tanto, pero sólo si este otro país reduce tanto”. Todo está condicionado, y estamos atrapados todos en esa dinámica.

Más aun, hoy no solo Estados Unidos está fuera del Protocolo de Kioto: hay algunos países que hoy están dentro pero que ya han dado indicaciones de que no se van a someter a nuevos compromisos vinculantes de reducción en el período que comienza en 2013 si Estados Unidos no hace lo propio y países como China, India y Brasil tampoco. Este es el caso concretamente de Canadá, Japón y Rusia.

El proceso por lo tanto ya está complicado. La diferencia en cuanto a cuál es el aporte relativo que va a afectar a cada uno de los países y también sobre el tema de la asistencia técnica y financiera que va bajo la Convención. De acuerdo con ésta, los países industrializados deben prestarle asistencia técnica y financiera a las economías en desarrollo para que éstas puedan asumir compromisos más ambiciosos de mitigación. Es decir, se les puede pedir a los países en desarrollo que hagan un esfuerzo, pero para ello se requiere tecnología, asistencia tecnológica, asistencia financiera. El problema es que estas disposiciones no son realmente vinculantes, sino más bien de “mejores esfuerzos”.

El comercio, por cierto, ha formado parte de esta discusión muy compleja. En particular, algunos países en desarrollo, encabezados por la India, han buscado insertar lenguaje en sentido de prohibir el uso de medidas comerciales unilaterales en contra de las exportaciones de los países en desarrollo usando como justificación la necesidad de combatir el cambio climático. Esta idea ha sido rechazada por algunos países industrializados, que desean mantener abierta la opción de imponer barreras comerciales como un instrumento para inducir a las principales economías en desarrollo a asumir compromisos más ambiciosos de reducción de emisiones.

Todas estas diferencias vienen de los diferentes ángulos desde los cuales los países desarrollados y en desarrollo abordan estas negociaciones. Puesto de manera muy esquemática, los países industrializados, al ser sociedades más ricas y desarrolladas, tienen una fuerte sensibilidad ambiental. Por otro lado, les interesa proteger a aquellas industrias domésticas que son altamente intensivas en el uso de energías fósiles y que el día de mañana podrían eventualmente mudarse de su territorio, es decir, migrar hacia países en desarrollo, buscando beneficiarse de regímenes de emisión más laxos que los de sus países de origen. Esto es lo que se conoce como el fenómeno de la “fuga de carbono”. Por último, la tercera gran preocupación de los países industrializados es fomentar sus industrias ambientales de alta tecnología. No es un secreto que hoy la mayoría de las nuevas tecnologías verdes se genera en el mundo industrializado, sin perjuicio de que algunos países en desarrollo ya estén siendo productores importantes, es decir, que la fabricación se haga en China o en Brasil.

Por otro lado, aunque insisto en que esta explicación está simplificada para poder seguir un orden esquemático, los países en desarrollo naturalmente le dan mucha mayor prioridad al crecimiento, al desarrollo, a la superación de la pobreza. La protección ambiental se mira con una óptica más defensiva, es decir, los países en desarrollo tienen temores de que se cierre el acceso a los mercados en Estados Unidos o en Europa alegándose motivos

ambientales o de cambio climático, es decir, algo así como un “proteccionismo verde”. Y por último, piden mayor financiamiento, mayor asistencia técnica para ellos mismos poder asumir compromisos más importantes de reducción de emisiones.

## 2. *Las negociaciones en la OMC*

- Desarrollo sostenible emerge como objetivo explícito de la OMC (Acuerdo de Marrakech, 1994)
- Ronda de Doha, lanzada en 2001, es la primera negociación comercial multilateral en incluir tema ambiental. Mandatos (Art. 31 Declaración Ministerial de Doha):
  - i. Aclarar relación entre acuerdos OMC y obligaciones comerciales establecidas en Acuerdos Multilaterales Medioambientales
  - ii. Aumentar cooperación entre Secretarías OMC y AMUMAs
  - iii. Liberalizar comercio de bienes y servicios ambientales
- Parte más visible ha sido iii) pero sin avances, por dificultades internas y del contexto general de la Ronda

Saltando ahora a las negociaciones en la OMC, la actual ronda de negociaciones, la Ronda de Doha, tiene la particularidad de ser la primera ronda multilateral comercial en incluir expresamente en su agenda el tema del medio ambiente. Este tema se expresa en varios mandatos de negociación. Por un lado, buscar la reducción de las barreras arancelarias y no arancelarias a los bienes y servicios ambientales. Por otro lado, lograr una mayor coherencia entre el sistema multilateral de comercio y las diversas convenciones ambientales multilaterales (las denominadas AMUMAs).

La parte más visible públicamente de esta negociación sin duda ha sido la relativa a la reducción o eliminación de las barreras al comercio de bienes y servicios ambientales. Esta, sin embargo, no ha tenido mayores avances, tanto por las dificultades que han afectado el desarrollo de la Ronda de Doha como un todo, como por dificultades internas. Por ejemplo, no existe una definición comúnmente aceptada de qué es un bien ambiental, dándose el caso de los denominados bienes de uso dual, es decir, bienes que efectivamente pueden tener un uso ambiental, pero también otro distinto. En cualquier caso, es claro que existen diferencias de intereses comerciales, y eso es lo que crea las dificultades internas a la negociación.

## VI. **Iniciativas unilaterales y sus riesgos para América Latina**

En definitiva, nos estamos aproximando a una especie de vacío, porque el primer periodo de aplicación del Protocolo de Kioto expira en el año 2012 y no está claro qué es lo que vendrá después. En ese vacío, los países industrializados en particular están enfrentando la presión de sus poblaciones para “hacer algo” con respecto al cambio climático. En este contexto, algunos países desarrollados han tomado medidas de manera unilateral, muchas de las cuales tienen un impacto comercial y que se pueden dividir básicamente en 3 tipos:

1. “Ajustes en frontera”. Pueden hacerse: i) cobrando al producto importado el impuesto al carbón del país importador (por ej. basándose en su huella de carbono); o ii) obligando al importador a comprar permisos de emisión (en esquemas de comercio de emisiones, también conocidos como *cap and trade*)

2. Subvenciones para incentivar patrones de producción menos intensivos en carbono. Pueden darse mediante: i) transferencias directas de dinero; ii) exenciones fiscales; o iii) el otorgamiento gratuito de permisos de emisión (en esquemas *cap & trade*)
3. Reglamentos/Normas técnicas. Pueden ser prescriptivos (ej. exigir un nivel mínimo de eficiencia energética) o informativos (entregar al consumidor información sobre el impacto ambiental de un determinado producto)

La primera categoría de medidas corresponde a los ajustes en frontera, más coloquialmente llamados en la prensa “aranceles al carbón”. Estos tienen que ver básicamente con que yo como país importador, que ya cobro un impuesto al carbón a mis productores, también le voy a aplicar ese impuesto interno al producto importado desde un país en el cual no existe un impuesto al carbón (o en que supuestamente no existen exigencias fuertes de reducción de emisiones), para igualar las condiciones de competencia. O alternativamente, si yo soy un país importador que tiene ya en aplicación un sistema de comercio de emisiones, voy a obligar al importador a adquirir derechos de emisión para dar cuenta del hecho que ese producto importado efectivamente generó una cierta cantidad de emisiones de gases de efecto invernadero.

La segunda categoría, la voy a llamar subvenciones en un sentido amplio, incluye por un lado las denominadas “subvenciones verdes”. Este es el caso, por ejemplo, cuando el gobierno de un país subsidia a los consumidores para que compren automóviles con mayor eficiencia energética, o a los propios productores, a través de créditos subsidiados, garantías de créditos, fondos de investigación, para que desarrollen nuevas tecnologías. También existe una subvención (al menos desde el punto de vista económico, aunque no necesariamente desde el punto de vista legal) cuando un país tiene un régimen de comercio de permisos de emisión (*cap and trade*) y el gobierno le otorga gratuitamente dichos permisos, o parte de ellos, a determinadas industrias. Esto obviamente es una subvención, porque de no existir esa asignación gratuita, las mismas industrias tendrían que adquirir sus derechos de emisión en el mercado.

Por último el tercer tipo de medida tiene que ver con el mundo de los reglamentos y las normas técnicas, incluyendo los esquemas de etiquetado. Hay esquemas que son prescriptivos, por ejemplo, exigir un nivel mínimo de eficiencia energética para un refrigerador o un auto, y si el producto no cumple con ese nivel simplemente no puede ser comercializado en ese mercado. Los esquemas también pueden ser informativos, es decir, una etiqueta que informa al consumidor que este refrigerador o este auto tiene tal nivel de eficiencia energética. Esto, con la esperanza de que el consumidor efectivamente va a tomar en cuenta ese elemento (entre otros, como costo, calidad, etc.) a la hora de tomar una decisión de compra, y que buscará privilegiar a aquellos productos que son energéticamente más eficientes.

### **1. Algunos ejemplos de iniciativas unilaterales**

Algunos ejemplos de medidas de ajuste en frontera son la Ley *Grenelle de l'Environment* en Francia, o el proyecto de ley Waxman-Markey en Estados Unidos. El proyecto Waxman-Markey no fue adoptado finalmente, pero hubiera implicado efectivamente la introducción de ajustes en frontera, al imponer la obligación a los importadores de comprar derechos de emisión. Afortunadamente este proyecto fue dejado

de lado, probablemente en parte porque se estimó que podía entrar en colisión con los compromisos de Estados Unidos en la OMC.

En Francia, la Ley Grenelle 2 también contempla la idea de introducir en algunos años más algún tipo de *carbon tax* a las importaciones provenientes de países que no estén haciendo “esfuerzos consistentes con sus capacidades para contribuir a la reducción de emisiones de gases del efecto invernadero”. Un problema obvio aquí es que la ley no especifica quién definiría si esa es la situación, y sobre la base de qué criterios, dejándose por lo tanto bastantes espacios a la arbitrariedad.

En materia de subvenciones, existe gran cantidad de ejemplos. En particular, a partir de la crisis financiera de 2008–2009 se han estado distribuyendo, en Europa, Japón, Corea, Estados Unidos, pero también en algunos países en desarrollo, subsidios para el desarrollo de las industrias “verdes”. Por supuesto, también está el tema de la asignación gratuita de permisos de emisión en países donde existe un sistema de comercio de permisos, como por ejemplo en la UE.

En términos de normas y reglamentos, algunos ejemplos son el proyecto de etiquetado de huella de carbono para los bio-combustibles en la Unión Europea, el cual está en curso de desarrollo en este momento, así como un sinnúmero de iniciativas que emanan del sector privado que tienen que ver con etiquetas de carbono, en tiendas al detalle, como Wal-Mart, Tesco, Casino, Migros, etc. También algunos comercializadores de vestuario y calzado líderes en estos rubros, como Timberland y Patagonia, también están empezando etiquetar los productos que venden e indicando cuál sería la huella de carbono de esos productos.

Por lo tanto, estamos hablando de un contexto muy cambiante, en que algunas de las iniciativas que surgen posteriormente son abandonadas, como fue el caso de Waxman-Markey en Estados Unidos. Por lo tanto, es un poco prematuro en mi opinión ponerse a especular sobre la compatibilidad de las distintas iniciativas con la OMC, ya que probablemente muchas de ellas no entrarán en aplicación, al menos en el corto plazo.

El contexto internacional es muy cambiante, pero la tendencia es clara: el cambio climático sólo aumentará su importancia en el comercio. América Latina está especialmente expuesta:

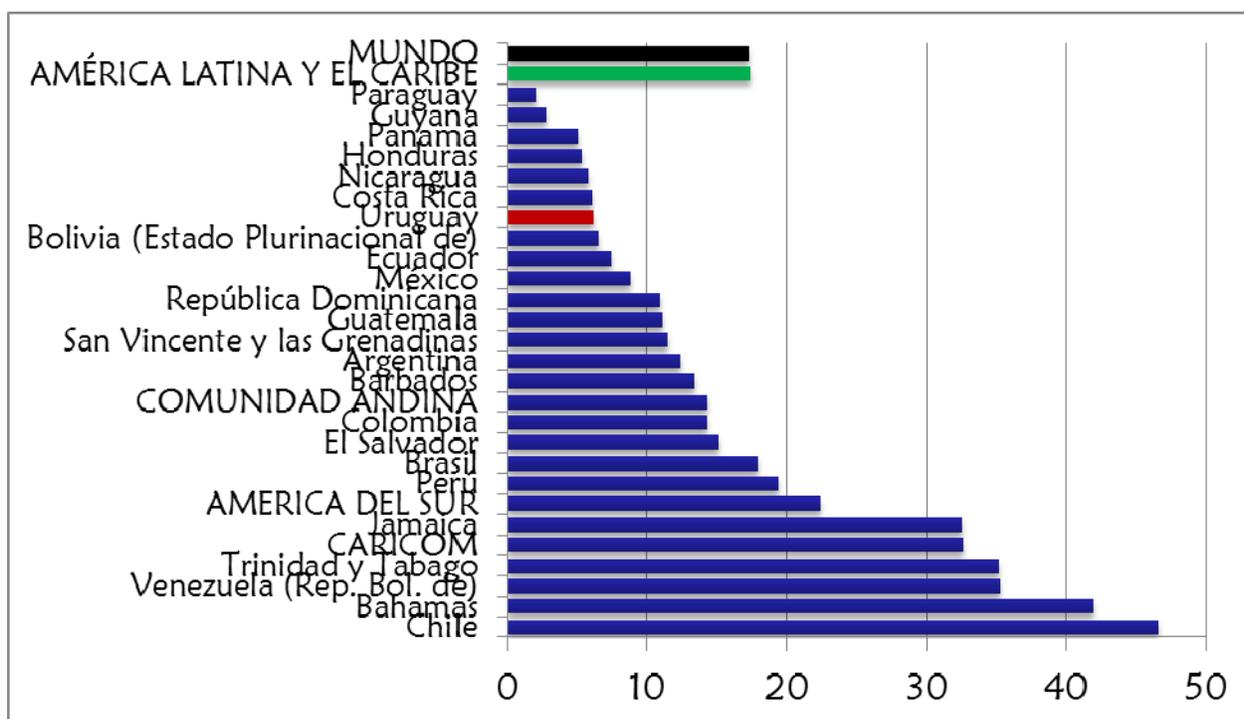
- Sus exportaciones a países OCDE muestran fuerte presencia de productos agrícolas poco procesados, los que están más sujetos a etiquetados de carbón que las manufacturas.
- La región está situada lejos de varios de sus principales mercados. Muchos países de la región, especialmente los que están más alejados de Europa, por ejemplo, podrían estar sujetos al riesgo de que se les impongan restricciones o que se desaconseje la compra de sus productos, debido a las emisiones generadas en el transporte, especialmente si éste es aéreo, es decir, el que genera más emisiones. Este el tema de las llamadas “*food miles*”, que afecta en especial a los productos agrícolas.
- La existencia en muchos casos de información incompleta sobre los métodos de cultivo y producción en América Latina implica el riesgo de uso del “*worst case scenario*” o peor escenario posible, en el cálculo de huella de carbono de sus productos de exportación, aumentando el riesgo de restricciones.
- El costo de cambiar métodos de producción o de calcular la huella de carbono puede ser demasiado alto para los productores más pequeños de la región.

En la gráfica 7 se muestra que la situación es muy heterogénea en América Latina y el Caribe respecto de las exportaciones de productos ambientalmente sensibles. Algunas

industrias que entran en esta gráfica incluyen las del cemento, el hierro y el acero, la minería no metálica, los metales no ferrosos, el papel, el complejo forestal, en fin, son todas ellas industrias altamente consumidoras de combustibles fósiles y altamente generadoras de emisiones, no solo de gases de efecto invernadero sino también de agua sucia, de residuos, etc.

Gráfica 7: Los productos ambientalmente sensibles son el 17% del total de las exportaciones de la región, aunque con grandes variaciones entre países.

Exportaciones de productos ambientalmente sensibles (% del total de las exportaciones de cada país en 2009)



Fuente: CEPAL, en base a datos de COMTRADE.

Si bien la región como un todo tiene aproximadamente el mismo porcentaje que el mundo de exportaciones ambientales sensibles, el rango varía enormemente entre aquellos países que generalmente tienen más manufactura, textiles, etc., como son los de Centroamérica, y los países exportadores de materias primas como Chile, Brasil, Perú o Venezuela. Estos son países altamente mineros, petroleros, con industrias de papel, etc., que tienen una fracción mayor de industrias ambientalmente sensibles en sus exportaciones, y que en algunos casos es bastante cercana al 50%.

## 2. Los reglamentos y normas son una preocupación más inmediata que los ajustes en frontera

- No es obvia la compatibilidad de los ajustes en frontera con el GATT (TN, NMF); dificultades metodológicas para determinar huella de carbono en las importaciones.
- Su enfoque punitivo dificultaría aún más las negociaciones en la CMNUCC.

- Por ello no parecen ser una amenaza inminente.
- Etiquetado de carbón a menudo es una iniciativa privada, haciéndolo menos vulnerable ante la OMC.
- Por ello, y por su rápida proliferación, representa un riesgo más inmediato para América Latina y el Caribe.

Me parece que lo que ya está ocurriendo hoy, y va a seguir ocurriendo cada vez más, viene por el lado de los reglamentos y normas técnicas, es decir, que se comience crecientemente a pedir a los productos importados cumplir ciertos requisitos mínimos de eficiencia energética o ciertos requerimientos máximos de emisiones de GEI u otras formas de polución ambiental.<sup>3</sup> En otras palabras, se tiene que cumplir con dichos estándares, o si no, no se puede acceder al mercado. O alternativamente, usted va a tener que etiquetar su producto y por lo tanto el consumidor lo va a castigar no comprándolo, en la medida que tenga una alta huella de carbono (u otros impactos ambientales indeseables).

## VII. Oportunidades y desafíos de política para América Latina

En América Latina tenemos que reflexionar profundamente y dejar de mirar todos estos fenómenos como una bola de nieve que se nos viene encima, con puros costos y barreras arancelarias y no arancelarias derivadas del fenómeno de cambio climático. La verdad es que también hay oportunidades, y hay países que ya están haciendo cosas, utilizando la innovación “verde” como un factor de competitividad. Se han mejorado métodos de producción, en algunos casos se puede optimizar el transporte, etc. Todo ello permitiría que los productos de la región tengan menores emisiones de GEI, y eso hará que el consumidor informado reconozca dichos productos y eventualmente esté dispuesto a pagar más por ellos.

### 1. *Junto con los riesgos, también existen oportunidades*

- En el sector agrícola, las ventajas de clima y de métodos de producción menos intensivos en carbono pueden más que compensar la desventaja asociada a la distancia.
- México es líder global en exportaciones de calentadores solares de agua, Brasil lidera la producción de biocombustibles.
- Argentina y Uruguay están trabajando fuertemente en reducir huellas de carbono de sus exportaciones de carne y usando este esfuerzo como un factor de competitividad
- Chile está haciendo lo propio en vinos.
- Costa Rica busca posicionarse como país carbono neutral.
- Etc.

---

<sup>3</sup> Cabe notar que en Francia ya hay una experiencia piloto en curso de utilización del etiquetado ambiental para una amplia gama de productos. Este etiquetado incluye el tema de la huella de carbono, pero también otros impactos ambientales como la contaminación de las aguas o del aire, o la pérdida de biodiversidad. En parte basándose en la experiencia francesa, la Comisión Europea está desarrollando un proyecto para introducir un esquema de etiquetado ambiental amplio, aplicable en todos sus Estados miembros.

## 2. Algunos desafíos de política

Hemos visto brevemente lo que algunos países están haciendo en distintos rubros. En este apartado dejamos constancia de algunos desafíos obvios para la política pública, como por ejemplo, mejorar la coordinación interagencial gubernamental, porque al final en la huella del carbono de los productos, no solo incide cuál es el método de producción si no cuál es la matriz energética, que tan buena o tan mala es la red de infraestructura, los puertos, los caminos, en fin, por lo tanto implica relacionar muchas entidades públicas y también la necesidad de alianza pública o privada como las que ya se están haciendo en Uruguay en el sector de la carne, en Argentina en el sector de la soya, en Chile en el sector del vino, etc.

- Mejorar monitoreo de las iniciativas en los países industrializados
  - Marco regulatorio todavía en desarrollo, continuos cambios
  - Incertidumbre dificulta el trabajo de los gobiernos para analizar el impacto en sus sectores exportadores e implementar ajustes
- Mejorar la coordinación entre organismos públicos relevantes
  - Por ej. mediante Comités Interministeriales para la Competitividad y el Cambio Climático (Comercio, Agricultura, Minería, Industria, Energía, Transporte, Obras Públicas, Hacienda, Cancillería)
- Establecer alianzas público-privadas
  - Necesarias dada la complejidad de los desafíos
  - Fijar objetivos, metas, recursos, institucionalidad
- Armonización regional de estándares y regulaciones técnicas en eficiencia energética y trazabilidad de carbono
- Participar coordinadamente en negociaciones internacionales
- Participar en foros de creación de metodologías de cálculo huella de carbono

## VIII. ¿Qué rol le cabe al sistema multilateral de comercio?

### 1. Es preciso evitar una colisión entre el comercio y el cambio climático

- Lo más importante es culminar pronto un tratado global, comprensivo y eficaz sobre cambio climático
  - Este “sería el instrumento internacional más idóneo para orientar a otros instrumentos, como los de la OMC, y a todos los agentes económicos, sobre cómo deben internalizarse las externalidades ambientales negativas” (Pascal Lamy, 2008).
- Las negociaciones en la OMC pueden hacer un aporte (ej. bienes y servicios ambientales), pero son solo un complemento.
- La coherencia entre ambos regímenes es lo más importante.
- Sin acuerdo en la CMNUCC, aumenta la presión sobre el mecanismo de solución de controversias de la OMC: “Legislar mediante litigación” (por ejemplo en temas como la compatibilidad con la OMC de los procesos y métodos de producción (PPMs), *carbon tariffs*, subvenciones verdes, etiquetados de huella de carbono, etc.)

Lo más importante es efectivamente concluir lo antes posible un acuerdo multilateral en el ámbito de Naciones Unidas, que es el ámbito donde realmente se está abordando el tema de cambio climático como tal. Ese es el acuerdo que, como lo dijo Pascal Lamy, va a dar la orientación sobre qué tipo de medidas son aceptables y qué tipo de medidas no son aceptables para la comunidad internacional como un todo, a la hora de acordar el régimen para combatir el cambio climático.

La OMC es un foro que puede servir como un buen complemento, pero lo más importante es la coherencia entre los productos finales creados en los foros internacionales, y creo que esta idea también fue deslizada por Alejandro Jara en su presentación.

Es decir que lo más importante es llegar a un acuerdo a nivel de la CMNUCC sobre qué tipo de herramientas, qué tipo de políticas, qué tipo de acciones son aceptables (o no) para abordar el cambio climático. Si por el contrario no se llega pronto a ese entendimiento multilateral y por lo tanto seguimos en el vacío normativo actual, lo que va a pasar en mi opinión es que probablemente la presión se va a trasladar al mecanismo de solución de controversias de la OMC. Es decir, se va a intentar crear legislación vía litigación, con los riesgos que esto implica.

## **2. En este contexto, se hace necesario un programa de trabajo sobre medio ambiente/cambio climático en la OMC**

- Al aumentar la participación del comercio en el producto mundial, mayor debe ser su contribución a atacar el cambio climático.
- Dada la naturaleza global del problema, la OMC es el foro lógico para abordar sus múltiples vínculos con el comercio:
  - GATT (aclarar vínculos entre ajustes en frontera/PPMs con artículos I, III, XX, entre otros)
  - OTC (etiquetados de huella de carbono; ¿son más restrictivos de lo necesario?, ¿se da adecuada oportunidad de participar a los países en desarrollo?, etc.)
  - ADPIC (transferencia de tecnología, licencias obligatorias)
  - ASMC y Acuerdo sobre la Agricultura (subvenciones verdes, otorgamiento permisos de emisión gratuitos, tratamiento subsidios agrícolas y a combustibles fósiles)
  - AGCS (Liberalización servicios ambientales)
  - MIC (Requisitos/incentivos verdes a la IED)
  - Preferencias a “productos verdes” en contratación pública
  - Acuerdos son preferibles a controversias, pero dado el *impasse* en Ronda de Doha (y en CMNUCC y Kioto) no es claro cómo proceder
  - ¿Habría interés en iniciar un nuevo programa de negociaciones “sectoriales” sobre comercio y cambio climático/medio ambiente?
  - ¿Es posible generar una agenda con suficientes *trade-offs*?
  - Si no hay interés generalizado, ¿es viable un acuerdo plurilateral? ¿Cerrado (tipo GPA) o abierto (tipo ITA)?
  - ¿Debiera negociarse con compromiso único o tema por tema?
  - Si no hay “apetito” por una negociación, la OMC aún podría hacer una gran contribución en materia de transparencia, como foro de intercambio de

información y monitoreo de políticas/medidas nacionales vinculadas con el combate al cambio climático pero con impacto sobre el comercio.

- La Ayuda para el Comercio también puede jugar un rol central en apoyar la reconversión verde en países en desarrollo

En mi opinión se va haciendo necesario algún tipo de programa de trabajo sobre comercio y cambio climático en el seno de la OMC. En efecto, dado que el comercio está teniendo cada vez una participación más alta en el producto mundial, la presión también aumenta para que desde el ámbito de la regulación internacional del comercio se aporten soluciones al problema del cambio climático.

Si uno lo piensa detenidamente, prácticamente todos los acuerdos de la OMC tienen alguna dimensión que puede tener que ver algo con el cambio climático, partiendo por el viejo GATT del año 1947. En el mundo de la post-guerra inmediata en que se negoció el GATT, el cambio climático ya estaba en marcha, pero claramente no estaba instalado en el debate político, público y ni siquiera científico. Por lo tanto, para el viejo GATT una tonelada de acero producida con la tecnología más limpia posible es un “producto similar” a una tonelada de acero producida con la tecnología más contaminante posible, y por ende no se puede discriminar entre una y otra basándose en sus métodos o tecnologías de producción. Claramente hoy en día se vuelve cada vez más difícil mantener esta argumentación, dada la conciencia mucho mayor sobre el cambio climático y otros problemas ambientales mundiales.

Al mismo tiempo, tratar de manera distinta a productos similares pero que efectivamente han sido producidos de manera muy distinta, con métodos distintos, con impactos ambientales distintos, es un tema delicado. Por de pronto, ello podría abrir espacio a abusos proteccionistas. Se trata por lo tanto de un tema sumamente complejo, en el cual hay que buscar un balance adecuado entre dos bienes públicos internacionales: un planeta limpio y saludable, y un sistema de comercio mundial abierto, transparente y no discriminatorio. A partir de ello se deriva toda una agenda que tiene que ver con la transferencia de tecnología, con los derechos de propiedad intelectual, con los etiquetados de huella de carbono y ambientales, con las subvenciones a los combustibles fósiles y a la agricultura, con los “subsidios verdes”, etc.

Lamentablemente, con el *impasse* actual en la Ronda de Doha y en las negociaciones de la CMNUCC, sumado a la difícil coyuntura económica internacional, no es claro cómo proceder hacia adelante. Como decía Alejandro Jara, hoy en día estamos en un mundo de completa incertidumbre.

## COMENTARIOS AL ARTÍCULO “COMERCIO Y CAMBIO CLIMÁTICO: VÍNCULOS CONCEPTUALES Y DE REGULACIÓN INTERNACIONAL” DE SEBASTIÁN HERREROS

*Roberto Bouzas*\*

El trabajo de Sebastián Herreros ofrece una presentación exhaustiva y muy informativa de los múltiples aspectos involucrados en la relación entre cambio climático y comercio y su impacto potencial sobre las economías de la región. Por razones de economía de espacio y tiempo voy a concentrar mis comentarios en tres puntos abordados por el trabajo y que considero particularmente claves, procurando contribuir con una interpretación complementaria a la de Sebastián. Mi primer comentario se relaciona con la caracterización de las tendencias prevalecientes en el proceso de construcción del régimen internacional de cambio climático. Mi segundo comentario procura identificar algunas implicaciones de dichas tendencias para el comercio internacional y para el régimen que lo regula. Finalmente, mi último comentario se refiere a los desafíos y oportunidades que el tema plantea para la cooperación de los países de América Latina.

### **I. ¿Hacia un régimen de cambio climático “descentralizado”?**

El director general de la OMC, Pascal Lamy, ha afirmado en reiteradas ocasiones que una relación armónica entre cambio climático y comercio exige como pre-requisito “un verdadero consenso global (...) sobre cómo enfrentar el tema del cambio climático”<sup>1</sup>. Esto debería servir, a su vez, para orientar otros instrumentos multilaterales como la OMC. Según su visión, hasta que ello no ocurra los miembros de la OMC “seguirán teniendo visiones diferentes acerca de lo que el régimen de comercio internacional puede y debe hacer en este campo”<sup>2</sup>, alimentando la emergencia de conflictos en el tratamiento del tema. No hay duda que el cambio climático genera enormes externalidades globales cuyo tratamiento apropiado idealmente requeriría de la cooperación multilateral. Sin embargo, en temas complejos y multidimensionales el potencial de parálisis de los procesos multilaterales es muy elevado debido al alto nivel de ruido que genera la existencia de múltiples participantes con intereses diferentes y capacidad de veto. En la práctica, el desarrollo del régimen internacional de cambio climático se ha convertido en un ejemplo paradigmático de los obstáculos que enfrenta el desarrollo de disciplinas multilaterales en áreas complejas y multidimensionales.

El cambio climático puede verse como el resultado de una enorme “falla de mercado” de carácter global cuyo tratamiento requiere de acciones públicas cooperativas. Pero el desarrollo de iniciativas públicas cooperativas enfrenta varios obstáculos. El primero es el estrecho vínculo que existe entre el cambio climático y la emisión de gases de efecto

---

\* Profesor plenario de la Universidad de San Andrés e Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

<sup>1</sup> [www.wto.org/english/news\\_e/news09\\_e/dgpl\\_29jun09\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/dgpl_29jun09_e.htm)

<sup>2</sup> *Ibid.*

invernadero (GEI), consecuencia del patrón energético dominante basado en el uso extensivo de hidrocarburos. El segundo obstáculo se asocia con la incertidumbre sobre el impacto económico del cambio climático, su distribución en la comunidad internacional y la identificación y evaluación de posibles trayectorias alternativas. Un tercer obstáculo proviene del hecho de que las acciones de mitigación por lo general se acompañan de grandes transferencias internacionales e inter-generaciones de recursos, lo que constituye en sí mismo una importante fuente de divergencias. Finalmente, el tema se caracteriza por las asimetrías en la responsabilidad histórica, en los niveles actuales de emisión y en los efectos y recursos económicos e institucionales para enfrentar sus consecuencias. Como el propio Sebastián Herreros lo muestra en su presentación, quince países contribuyen con el 80% de las emisiones y nueve con más de dos tercios. En resumen, todos estos obstáculos sugieren que el proceso de construcción de un régimen internacional de cambio climático probablemente ocurrirá de manera más o menos “descentralizada” o como resultado de un ejercicio cooperación más o menos “inducido” (en el que se echará mano tanto a incentivos como a penalidades unilaterales).

Esta conclusión no debiera sorprender cuando se analiza la historia de otros regímenes internacionales exitosos, como el del GATT-OMC.<sup>3</sup> En efecto, en su origen el GATT fue un club bastante reducido de miembros con visiones relativamente convergentes (*like minded countries*) que fue progresivamente expandiendo su membresía y su cobertura regulatoria. A medida que el régimen avanzó en ambos planos también fue reduciendo su eficacia para alcanzar nuevos acuerdos sustantivos sin modificar los arreglos institucionales y los procesos de toma de decisiones heredados de la etapa fundacional.

En verdad, el desafío de construir un régimen internacional de cambio climático parece bastante más complejo que el de establecer un conjunto de reglas que regulen el comercio internacional. En primer lugar, en materia de cambio climático resulta más difícil evaluar pérdidas y ganancias que en el campo del comercio internacional (especialmente si lo que se negocia es el acceso al mercado de bienes, como ocurrió en la etapa fundacional del GATT). En segundo término, tampoco resulta tan evidente la idea de que –aún sin intervenciones compensatorias- se trata de un juego de suma positiva. Finalmente, el régimen de cambio climático se encuentra en formación en un período donde las hegemonías y los liderazgos están más diluidos en comparación con las primeras décadas de la segunda posguerra.

Todos estos condicionamientos parecen haber quedado claramente en evidencia en las últimas reuniones ministeriales de la UNFCCC, en las que acabó prevaleciendo un enfoque *bottom-up* basado principalmente en compromisos voluntarios (NAMAs) e incentivos descentralizados. Este enfoque es prácticamente la contracara del procedimiento *top-down* que intentaba imponer compromisos exigibles y que hasta ahora dominó la trayectoria de la UNFCCC. La práctica confirmación de que no habrá compromisos de reducción de las

---

<sup>3</sup> Para un análisis de los obstáculos para un acuerdo global sobre cambio climático véase Stern, N., *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Cambridge, Reino Unido y New York, Cambridge University Press, 2007. Sobre dichos obstáculos y la experiencia histórica véase también Victor, D., *Global Warming Gridlock*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2011.

emisiones significativos después de 2012 (cuando expira la primera fase del Protocolo de Kyoto) también refuerza la perspectiva de un régimen más descentralizado que el que estaba implícito en las negociaciones originales en la UNFCCC.

## II. Implicaciones para el régimen de comercio internacional

La tendencia hacia un régimen descentralizado de cambio climático implica que muy probablemente no habrá un marco general que coordine los instrumentos de política nacionales que eventualmente se adopten en campos clave como la mitigación. Como lo señala Herreros en su presentación, la mitigación del cambio climático puede promoverse básicamente a través de tres tipos instrumentos no excluyentes, a saber: (a) mecanismos que permitan internalizar los efectos de la externalidad que se encuentra en la base del problema (por ejemplo a través de la aplicación de impuestos a las emisiones o del establecimiento de mercados de emisiones); (b) subsidios a la producción y/o al uso de bienes y tecnologías bajos en emisiones, y (c) la regulación (ya sea en la modalidad de normas obligatorias o estándares voluntarios).

En la práctica, los países que han puesto en marcha políticas para alentar la mitigación han utilizado estos instrumentos (y muy probablemente lo seguirán haciendo) de manera simultánea, aunque no necesariamente con la misma intensidad. El punto relevante desde el punto de vista del comercio internacional es que todos ellos tienen el potencial de entrar en conflicto con las reglas del régimen multilateral de comercio. Por una parte, si se recurre a medidas de internalización de la externalidad, es muy probable que éstas deban acompañarse de acciones que aseguren un tratamiento similar a los productos importados. Previsiblemente estas medidas serán el resultado del intento por evitar la esterilización de los efectos de las políticas nacionales de mitigación a través de la llamada “fuga de carbono”), de las presiones para proteger la competitividad y el empleo, y de la decisión de crear incentivos para alentar la participación en un régimen más descentralizado. De hecho, todas las propuestas que trató el Congreso de Estados Unidos en los últimos años contemplaban la posible aplicación de medidas de ajuste en frontera a partir de cierto momento en el tiempo, al igual que la Directiva de la Comisión Europea de diciembre de 2009 (a partir del momento en que los permisos de emisión comiencen a subastarse y dejen de distribuirse en forma gratuita).<sup>4</sup>

Los subsidios, por su parte, pueden estar dirigidos a enfrentar fallas de mercado y, en este sentido, estar justificados en argumentos de eficiencia. Sin embargo, también pueden distorsionar la producción y el comercio causando daño a productores locales. A pesar de que han recibido menos atención en el debate público que las medidas de ajuste en frontera, los subsidios son un tema de relevancia actual por cuanto ya existen importantes programas de subsidio (por ejemplo al uso y desarrollo de energías alternativas) vigentes en muchos países industrializados. A éstos debe sumarse la asignación gratuita de derechos de emisión en aquellas jurisdicciones en que funcionan mercados de emisiones. El *European Trading*

---

<sup>4</sup> Para un análisis más detallado véase, S. Aguilar, R. Bouzas y A. Molinari, “Cambio climático y comercio internacional: algunas implicaciones para América Latina”, *Revista de Desarrollo Económico*, vol. 50 núm. 197, abril-junio 2010, pp. 33-57.

*System* de la Unión Europea, por ejemplo, ha incluido desde su lanzamiento un componente de subsidio en la medida que asigna gratuitamente parte de los permisos de emisión que administra.

Finalmente, las normas obligatorias y los estándares voluntarios también son potencialmente problemáticos y su uso se ha expandido en los últimos años. Las normas de eficiencia energética o los estándares sobre emisiones (como el etiquetado de “huella de carbono” son ejemplos en esa dirección. En particular, las normas técnicas que intentan asegurar un balance positivo de emisiones han tenido un importante desarrollo en el mercado de biocombustibles, el que ha crecido exponencialmente en los últimos años. Si bien este objetivo parece razonable, los efectos pueden resultar distorsivos como consecuencia de una aplicación discrecional o alentada por otras motivaciones.

Un aspecto importante a considerar es que el grado de desarrollo de las regulaciones que gobiernan cada uno de estas disciplinas y la eficacia de los mecanismos de *enforcement* de cada uno de ellas es bastante heterogénea. Esto se suma a un contexto en el que el régimen de comercio internacional comienza a mostrar ciertos límites en la eficacia de su formato institucional. Si la probabilidad de la “solución óptima” demandada por Pascal Lamy es baja, ¿es razonable esperar en su lugar que los miembros de la OMC muestren interés por desarrollar una negociación dentro de ese organismo como lo sugiere la presentación de Sebastián Herreros? Mi respuesta se inclina por la negativa. Si bien es cierto que la OMC puede jugar un papel en materia de transparencia, las dificultades para ejercerlo en relación a las medidas de política que se adoptaron con posterioridad a la crisis de 2008 sugieren que éste será necesariamente un camino accidentado. La asignación de ayuda para el comercio “verde” también podría también resultar en una fuente de conflictos, dada la previsible asimetría en las demandas y prioridades de los distintos miembros.

En síntesis, dadas las actuales condiciones no parecería haber mucho fundamento para ser optimista acerca del papel que podría cumplir la OMC adelantándose a los acontecimientos en este campo. Tampoco resulta claro cuál sería el interés de los miembros por promoverlo, frente a la evidente dificultad de negociar un acuerdo comprensivo de cambio climático.

### **III. Desafíos y oportunidades para América Latina**

El tema de cambio climático es importante para la región por varias razones. En primer lugar por sus potenciales consecuencias, dado que prácticamente todas las regiones del hemisferio (pero especialmente las áreas tropicales) podrán verse afectadas negativamente. En segundo lugar, porque si bien la región emite en promedio bastante menos que los países de la OCDE, sus emisiones son mayores que el promedio mundial (10 *versus* 6.7 toneladas *per capita*) y el de otras regiones en desarrollo. Esto también se refleja en el hecho de que su participación en las emisiones mundiales es más alta que en la población y el producto (12.7% *versus* 8.5% y 8.7%). En tercer lugar, porque el aumento de la población y el producto harán que las emisiones relacionadas con la energía crezcan, aumentando la contribución de la región al problema del calentamiento global. Finalmente, porque la región es el principal reservorio de bosques tropicales (cuya conservación es un

objetivo importante en las prácticas de mitigación y cuya destrucción aumenta notablemente las emisiones) y su patrón de exportaciones es relativamente intensivo en emisiones.

Sin embargo, la heterogeneidad que caracteriza al escenario global también se reproduce en el ámbito regional. Así, mientras que Trinidad y Tobago dobla el promedio de emisiones *per capita* de la OCDE (27.4 contra 13.8 toneladas), El Salvador y Costa Rica emiten menos de un 15%. Los tres mayores emisores de la región también son muy heterogéneos: Brasil emite 15.3 toneladas *per capita*, en comparación con 9.3 en el caso de la Argentina y 6.6 en el de México. Brasil por sí solo es responsable por el 6.6% del total de las emisiones mundiales (cuando se computan los efectos del cambio en el uso de la tierra) y por la mitad de las emisiones de toda la región. Los impactos naturales también son diferenciados (y más adversos) en las zonas tropicales, la selva amazónica y las áreas cuyo abastecimiento de agua depende de los glaciares.

La sensibilidad de la canasta exportadora de los países de la región a medidas de ajuste en frontera también es heterogénea. En diciembre 2009 la Comisión Europea listó 164 sectores y subsectores expuestos a un riesgo significativo de “fuga de carbono”. Tomando en consideración sólo los sectores que pueden sufrir aumentos de costos y están expuestos comercialmente o sólo pueden sufrir aumentos de costos (29 sectores), una estimación para una muestra de 10 países de América Latina y el Caribe concluye que mientras que algunos de ellos pueden verse potencialmente muy afectados (como Jamaica 88.2%, Chile 49.6%, Colombia 51.3%, Venezuela 41.8), otros lo son bastante menos (como Brasil 13.7% y México 10.5%).<sup>5</sup>

Finalmente, la región también es heterogénea en recursos y en capacidad para aprovechar las oportunidades: por ejemplo, Brasil y la Argentina han sabido aprovechar las oportunidades en el sector de biocombustibles y el trabajo de Herreros también menciona otros casos, como el aprovechamiento del Mecanismo de Desarrollo Limpio o de fondos y fideicomisos de asignación específica.

En este contexto cabe preguntarse cuál es el aporte concreto que puede hacer la coordinación regional. No hay duda que la región en su conjunto podría derivar beneficios potenciales del acceso a ciertos bienes públicos como el conocimiento o la información o a bienes y servicios sujetos a indivisibilidades. Sin embargo, aún en estos campos es posible que las posibilidades de cooperación sean mayores a nivel sub-regional que para la región como un todo. A nivel sub-regional existen indivisibilidades geográficas que generan externalidades en el uso del conocimiento científico (como los modelos de cambio climático, los criterios de sostenibilidad, las metodologías de cálculo de la huella de carbono, etc). Este potencial de cooperación se refuerza a nivel bilateral, por ejemplo en el campo de la estandarización y la certificación, donde es posible aprovechar complementariedades e intereses compartidos entre países con agendas convergentes o desarrollar iniciativas de asistencia técnica y transferencia de conocimiento. En síntesis, en

---

<sup>5</sup> Véase I. Jegou, “Latin America and the Specter of Border Carbon Adjustments”, version preliminar, 2010, Ginebra, ICTSD.

materia de cambio climático el campo de cooperación en la región parece tener una naturaleza más puntual y localizada preferentemente en el ámbito sub-regional y bilateral, debido a los condicionantes estructurales de la heterogeneidad. Esta diferenciación probablemente se hará aún mayor si el régimen de cambio climático efectivamente sigue una trayectoria de desarrollo *bottom-up*, tal como sugerimos en nuestro primer comentario.

## POLÍTICAS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE: EN BUSCA DE UN ALINEAMIENTO

*Aluisio de Lima-Campos\**

*Resumen:* Este artículo presenta una visión general sobre las políticas comerciales de Estados Unidos, la Unión Europea y China, tratando de identificar cómo éstas se relacionan con el cambio climático y las políticas ambientales. Este trabajo primero describe, en la Sección II y en líneas generales, la formulación de la política comercial en cada región, identificando a sus principales actores y procesos. Como se deja ver en el artículo, las diferencias en las tres regiones del mundo analizadas radican en los organismos gubernamentales específicos, así como en los actores privados y públicos involucrados en comercio y medioambiente o, a veces, en ambos temas. La sociedad civil, por otro lado, tiene sensibilidades distintas con respecto a comercio y medio ambiente. Entre los problemas ambientales específicos y las respuestas políticas examinadas por este artículo se incluyen el calentamiento global, el comercio de especies, la tala ilegal, así como las restricciones sobre productos químicos y otras sustancias nocivas. El artículo concluye, en la Sección VI, que quienes intentan abordar los problemas medioambientales deben trabajar para alinear los intereses y objetivos comunes de todos los actores relevantes.

*Palabras clave:* OMC, CMNUCC, comercio internacional, cambio climático, calentamiento global, Estados Unidos, Unión Europea, China, comercio de especies, tala ilegal, restricciones sobre productos químicos.

*Abstract:* This article presents an overview of the trade policies of the United States, the European Union and China, trying to identify how they relate to climate change and environmental policies. This paper first describes, the formulation of trade policy in each region, identifying the main actors and processes. This article locates the differences in the three analyzed regions of the world which lie in specific government agencies, as well as in the specific public and private actors involved in trade and environment or, sometimes, on both issues. Civil society, on the other hand, has different sensitivities with respect to trade and environment. Among the environmental issues and policy responses examined within this article are included global warming, trade in species, illegal logging, and restrictions on chemicals and other harmful substances. The paper concludes in Section VI, that those who seek to address environmental problems must work to align the interests and common objectives of all stakeholders.

---

\* Presidente del Instituto de ABCI ([www.abciinstitute.org](http://www.abciinstitute.org)), profesor adjunto de *American University Washington College of Law* y consultor de la Organización Mundial del Comercio para Entrenamiento y Desarrollo de Capacidades. Reconozco aquí la valiosa contribución de Melissa Blue Sky por su competente investigación en los temas de medio ambiente y asistencia general en la preparación de este artículo. Melissa se graduó de un doctorado en derecho en *American University Washington College of Law* y tiene una Maestría en Derecho en el Desarrollo de la Universidad de Warwick. Agradezco a Lina Diaz, que se encargo de la traducción del texto original en inglés, y a Juan Antonio Gaviria. El autor asume entera responsabilidad por este artículo.

*Keywords:* WTO, UNFCCC, international trade, climate change, global warming, United States, European Union, China, trade in species, illegal logging, restrictions on chemicals.

## **I. Introducción**

Este artículo presenta una visión general sobre las políticas comerciales de Estados Unidos (EE.UU.), la Unión Europea y China, tratando de identificar cómo éstas se relacionan con el cambio climático y las políticas ambientales. Este trabajo primero describe, en la Sección II y en líneas generales, la formulación de la política comercial en cada región, identificando a sus principales actores y procesos. La política comercial, para los efectos del presente artículo, incluye leyes, reglamentos, acuerdos, tratados y cualquier otra acción gubernamental que afecte al comercio internacional de un país. A pesar de que las políticas comerciales y ambientales son a menudo distintas, su creación se produce de forma esencialmente similar al interior de los países. La diferencia no está en la estructura general, sino más bien en los organismos gubernamentales específicos y en los actores privados y públicos involucrados en comercio y medioambiente o, a veces, en ambos temas. La sociedad civil, por otro lado, tiene sensibilidades distintas con respecto a comercio y medio ambiente.

El artículo luego describe los sistemas de política de medio ambiente en la Sección III y posteriormente, en la Sección IV, identifica las áreas donde la política ambiental se cruza con la política comercial, incluyendo primero una identificación de los acuerdos comerciales que han incorporado principios y objetivos ambientales. Los problemas ambientales específicos y las respuestas políticas examinadas incluyen el calentamiento global, el comercio de especies, así como las restricciones sobre productos químicos y otras sustancias nocivas. Este artículo no pretende presentar un catálogo exhaustivo de todas las cuestiones ambientales que pueden ser afectadas por el comercio, sino que se limita a los principales problemas ambientales en los que las soluciones han sido o bien impulsadas u obstaculizadas por la política comercial.

La Sección V presenta dos estudios de caso en los cuales se identifican actores trabajando en pro de sus intereses de política comercial en el contexto de nuevos enfoques para abordar los daños al medioambiente causados por productos químicos y la tala ilegal. El artículo reconoce que la alineación de los objetivos de los distintos actores involucrados en comercio y política medioambiental puede ocurrir a nivel nacional, pero la alineación multilateral es mucho más difícil debido a la multiplicidad de actores e intereses a menudo divergentes, como sucede en el caso del cambio climático. El artículo concluye, en la Sección VI, que quienes intentan abordar los problemas medioambientales deben trabajar para alinear los intereses y objetivos comunes de todos los actores relevantes.

## **II. Política Comercial<sup>1</sup>**

La política comercial, a los efectos de este artículo, se compone de leyes, reglamentos, acuerdos, tratados, y cualquier otra norma o medida gubernamental que afecte al comercio internacional de un país. Esta definición es intencionalmente amplia, a fin de cubrir una característica importante e intrínseca de la política comercial: la expansión de su cobertura. Al igual que el comercio internacional, la política de comercio está en constante evolución

---

<sup>1</sup> Adaptación de Lima-Campos, Aluisio, "A Nova Realidade das Políticas Comerciais e seus Efeitos sobre o Multilateralismo", *Revista Política Exterior*, Vol.19, No. 03, enero 2011.

y su alcance se amplía cada vez que el comercio internacional abarca nuevos temas, tales como la inversión y la propiedad intelectual en la década de los noventa, y más recientemente, el trabajo y el medioambiente. Esta evolución no se detendrá ahí; con el sector privado ya comercializando vuelos al espacio exterior, pronto podríamos comenzar a discutir los efectos de la velocidad de la luz sobre el comercio interestelar o las barreras al comercio en el espacio sideral. Y, cuando eso suceda, tales barreras caerán dentro de nuestra definición de la política comercial.

La política comercial, sin importar el país o régimen político del que hablemos, es el resultado de la interacción de cuatro actores. Ellos son: el Ejecutivo, el Legislativo, el sector privado y el interés público. Estas cuatro funciones se llevan a cabo en todas las formas de gobierno, de una manera u otra. En los regímenes democráticos, el Presidente encabeza el Poder Ejecutivo, integrado por los Ministros o Secretarios de Estado responsables por áreas específicas. El Poder Legislativo es generalmente representado por un Congreso, usualmente formado por una cámara alta - el Senado - y una cámara baja de diputados o su equivalente - la Cámara de Representantes.

En una monarquía, el soberano puede cumplir la doble función de legislar y ejecutar, o determinar que sus asesores más cercanos actúen como legisladores. Los sistemas parlamentarios permiten al monarca la transferencia de la responsabilidad legislativa al Parlamento y la delegación de funciones ejecutivas en el Primer Ministro. En un régimen puramente dictatorial, el Jefe de Estado asume las funciones legislativa y ejecutiva. En las dictaduras menos radicales, una junta puede realizar ambas funciones o tener un órgano legislativo que no es del todo independiente.

El interés público y el sector privado también están presentes en todos los regímenes, ejerciendo diversos grados de influencia. El régimen político de un país generalmente determina el nivel de libertad de acción que ofrece a los grupos. En un extremo, sus actividades pueden ser totalmente restringidas; en el otro, pueden operar libremente y sin restricciones.

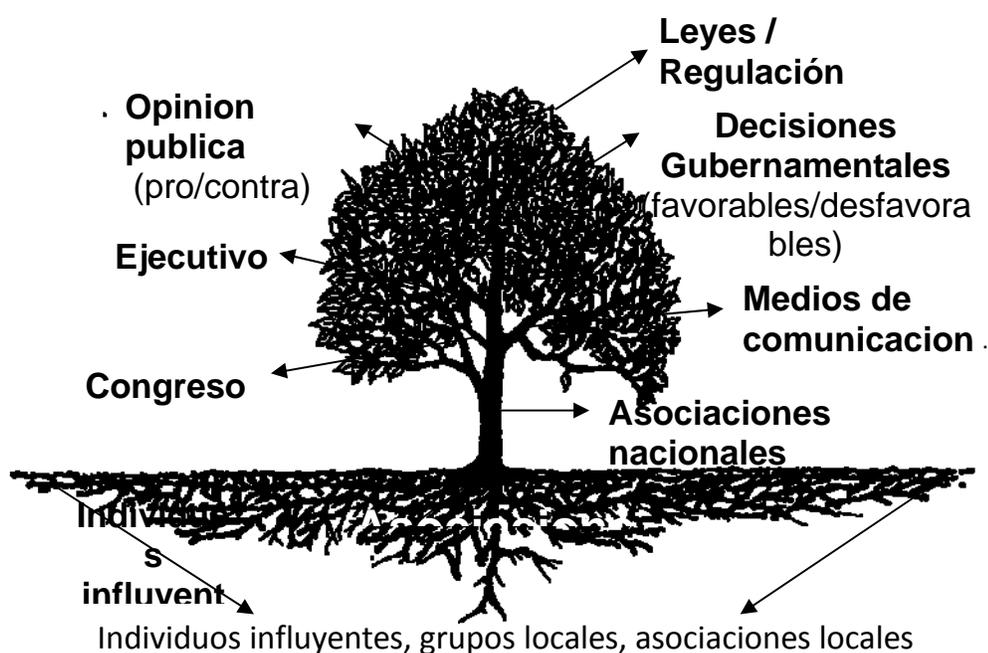
Para los efectos de este artículo, el interés público lo compone la sociedad civil, además de todas las organizaciones internacionales que puedan afectar a las políticas comerciales o ambientales, tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional (FMI), los bancos regionales de desarrollo, entre otras. También incluye los intereses sociales, ambientales y sindicales, así como las preocupaciones sobre seguridad nacional y pública, además de otros intereses que no están directamente relacionados con el sector privado. Dada la compleja estructura organizativa del sector privado, los intereses privados se analizan en las secciones II.A, II.B, y II.C.

Así, la política comercial se forma a través de la interacción de los cuatro grupos antes mencionados y de diversos factores influyentes que merecen consideración durante este proceso. En el interés de referirse a las regiones más influyentes en el comercio internacional – garantizando a la vez el análisis de diversos sistemas de formulación de políticas comerciales- el presente artículo se centrará en los EE.UU., la Unión Europea, y la República Popular de China.

### 1. *El imperio de los árboles en EE.UU.*

A pesar de que el Congreso rige el comercio internacional y de que el Representante Comercial de los EE.UU. (USTR, por sus siglas en inglés) actúa como coordinador y ejecutor de la política comercial americana; es el sector privado la principal fuente de influencia en la política comercial de EE.UU. El sector privado actúa a través de una estructura que con el paso del tiempo se ha vuelto cada vez más eficiente. La mejor manera de entender dicha estructura es graficando la estructura de un árbol (ver Figura 1).

Figura 1. El Sector Privado en los EE.UU.



Las puntas de las raíces representan la opinión local, a nivel de barrio y de la comunidad. A medida que las opiniones se filtran y evolucionan, son capturadas y desarrolladas por asociaciones estatales, constituyendo la sección más gruesa de las raíces más cerca del tronco del árbol. Las posiciones y opiniones que llegaron a las asociaciones estatales son entonces discutidas y definidas a nivel nacional, en Washington D.C., en la asociación nacional, representada por el tronco.

Corresponde a la entidad nacional establecer la posición del grupo o sector que representa y defenderla y/o promoverla ante el Congreso, el Poder Ejecutivo, los medios de comunicación y el interés público. Las ramas del árbol representan las divisiones especializadas dentro de las asociaciones nacionales encargadas de convencer a cada uno de los ya mencionados actores relevantes. Para tal fin, las asociaciones nacionales reúnen a los más destacados y experimentados profesionales que pueden contratar, entre académicos, abogados, economistas, personas que hacen del *lobby* o cabildeo su profesión, y especialistas en medios de comunicación, entre otros. Estas personas, bien coordinadas,

trabajando bajo un plan adecuado, con objetivos claros, se convierten en verdaderas "máquinas de influencia". La calidad y cantidad de personal es representada con una rama de dimensiones mayores o menores, dependiendo de los recursos disponibles de las asociaciones. Sin embargo, todas las asociaciones tienen el mismo objetivo: defender y promover los intereses de sus miembros, ya sea a través de leyes, reglamentos, decisiones de gobierno o de una opinión pública favorable. Los resultados de su esfuerzo son los frutos del árbol.

Washington D.C. es en realidad un bosque, con más de 12.000 asociaciones nacionales que representan a todos los sectores de la economía estadounidense y prácticamente a todas las profesiones; además de coaliciones temáticas formadas por dichas asociaciones con el fin de influir en las políticas sobre temas como propiedad intelectual, acceso al mercado o, la más importante para este artículo, el medioambiente.

## 2. *El bosque europeo*

Debido a ser una entidad supranacional conformada por varios países europeos, la Unión Europea dispone de un sistema político distinto al de EE.UU. Desde el punto de vista institucional, esto se traduce en una política comercial que, además de la autoridad nacional de cada Estado miembro, cuenta con una autoridad superior supranacional. Un nivel adicional en el proceso de toma de decisiones trae naturalmente dificultades al sector privado y al interés público que tratan de influir en las decisiones de política comercial en los países miembros. Así, además de tener que representarse a nivel nacional en cada Estado miembro, el sector privado debe representarse a sí mismo en Bruselas, la sede de la mayoría de instituciones de la Unión Europea. A excepción de la representación supranacional, el árbol europeo se parece al árbol americano (ver Figura 2).

En consecuencia, el bosque en Bruselas ha aumentado a pasos agigantados desde que esta ciudad fue designada como sede de varias instituciones de la Unión Europea. En el 2000, había más de 3.600 grupos de interés representados en Bruselas.<sup>2</sup> En la actualidad, más de 15.000 individuos y 3.700 organizaciones están registrados para ejercer influencia (*lobby*).<sup>3</sup> De estas cifras, más del 40% representa los intereses alemanes, británicos o franceses.<sup>4</sup> Además, 173 organizaciones (7,8% del total) representan al sector privado estadounidense,<sup>5</sup> un número mayor que el de la representación belga. Así, las fronteras nacionales ya no son un límite para la acción de los árboles. Esto sugiere que donde estén sus mayores intereses es donde deben estar tales árboles.

El sistema de formulación de la política de comercio europeo ha experimentado importantes cambios con la implementación del Tratado de Lisboa desde el pasado 1 de diciembre de 2009. Aunque la Comisión Europea (C.E.) sigue siendo el órgano ejecutivo, el Consejo de Ministros (C.M.) es el órgano responsable de coordinar el proceso de formulación de políticas y de proponer medidas. El otrora todopoderoso órgano de

---

<sup>2</sup> Jordana and Bianculli, "Trade Policy in the European Union," *Políticas Comerciais Comparadas*, p. 406, Editora Singular, 2007.

<sup>3</sup> Arndt Wonka et al., *Measuring the size and scope of the EU interest group population* (2010) <http://www.unc.edu/~fbaum/articles/eup-2010.pdf>

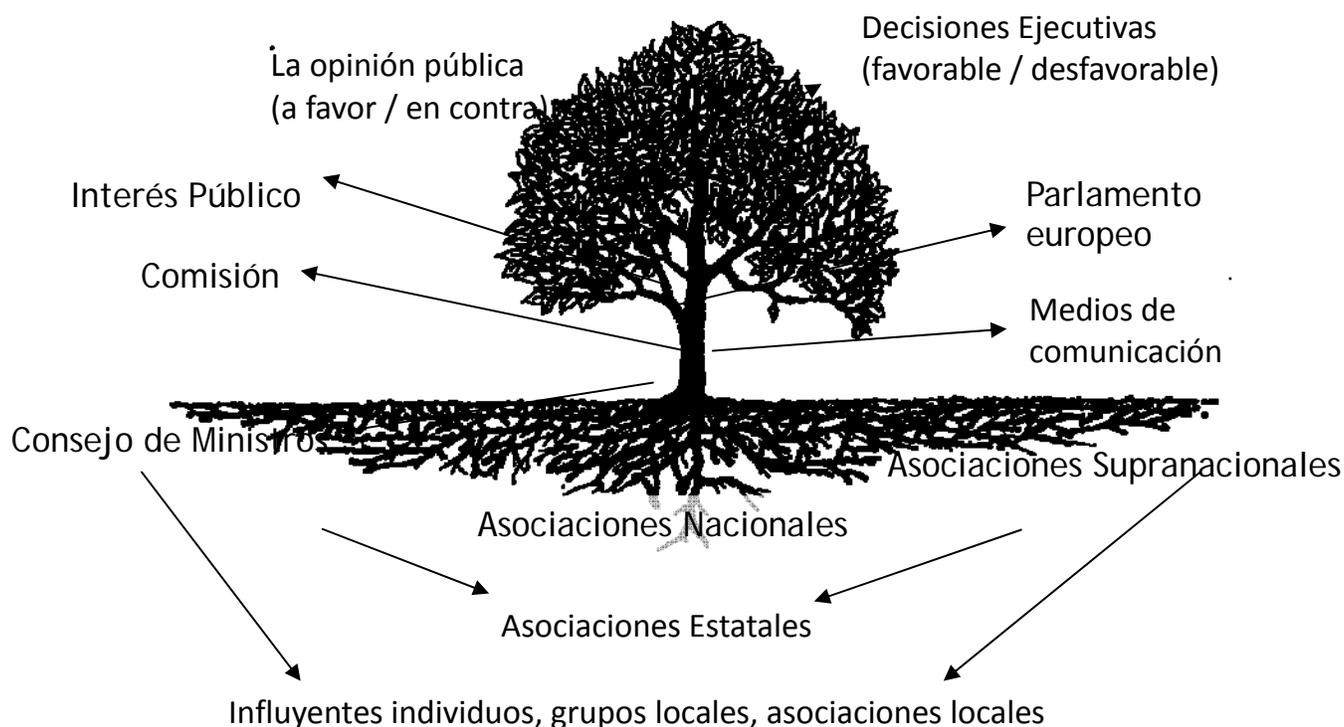
<sup>4</sup> Informe CESifo DICE 3/2010: <http://www.cesifo-group.de/pls/guestci/download/CESifo%20DICE%20Report%202010/CESifo%20DICE%20Report%203/2010/dicereport310-db4.pdf>

<sup>5</sup> *Op. cit.*

decisión, el C.M., ahora comparte esa responsabilidad con el Parlamento Europeo. De acuerdo con el Tratado de Lisboa el Parlamento Europeo, directamente elegido por los ciudadanos de la Unión Europea, está dotado de nuevos poderes con respecto a la legislación de la Unión Europea, a su presupuesto y a los acuerdos internacionales. En particular, el aumento de la codecisión en la formulación de políticas asegura que el Parlamento Europeo se sitúe en pie de igualdad con el C.M. que representa a los Estados miembros, en la mayor parte de la legislación comunitaria."<sup>6</sup>

Bajo este nuevo escenario, tanto el procedimiento legislativo como el de negociación han aumentado en complejidad, junto con otras iniciativas gubernamentales sobre política comercial. El trabajo de los árboles europeos y de las partes que negocian con la Unión Europea, se ha vuelto más difícil dada la necesidad de convencer ahora a dos órganos de decisión (el C.M. y el Parlamento Europeo) de sus posiciones. Como resultado, las negociaciones comerciales con la Unión Europea pueden ser más lentas y complicadas. Sin embargo, la presión coordinada de los árboles puede llevar a decisiones más rápidas.

Figura 2. El Sector Privado en la Unión Europea



Las asociaciones privadas más grandes y poderosas (los grandes árboles) son generalmente más influyentes. Esta influencia es aún mayor debido a una característica de su política comercial que no ha cambiado: la persistencia de canales informales entre la C.E. y las grandes asociaciones del sector privado. La C.E. generalmente mantiene contacto

<sup>6</sup> Unión Europea, *Treaty of Lisbon: The Treaty at a Glance* (revisado el 27/07/2011) [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/index\\_en.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_en.htm)

con las grandes asociaciones privadas. Tal acceso privilegiado aumenta potencialmente las oportunidades de éstas de influir en la política comercial en detrimento de las organizaciones medianas y pequeñas. Aparte del cabildeo adicional que se requiere en Europa -debido al trabajo que hay que hacer tanto a nivel nacional y supranacional- las asociaciones pequeñas y medianas siguen en desventaja en la C.E., tornando el sistema europeo en este aspecto particular poco equitativo. Esta característica, sin embargo, no es exclusiva del sistema europeo; situaciones similares se pueden encontrar en otros países donde ocurran contactos informales entre la autoridad gubernamental y el sector privado. Una lectura cuidadosa del artículo X del GATT (Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales) podría ser de beneficio para todos.

### **3. *Las semillas del bosque Chino***

Desde el siglo II a.C. hasta el siglo XV, la Ruta de la Seda, una de las rutas de comercio internacional más antiguas de la historia, conectaba la ciudad china de Xi'an con Roma. Durante esos siglos, China lideró e innovó en el campo del comercio. Desde el siglo XV, sin embargo, el poder comercial de China disminuyó y permaneció en estado latente por mucho tiempo. Hasta treinta años después de la creación del GATT (1947), el comercio internacional significaba poco para China. Bajo la influencia de un régimen cerrado y de planificación económica centralizada, nada se logró en términos de comercio durante este período.

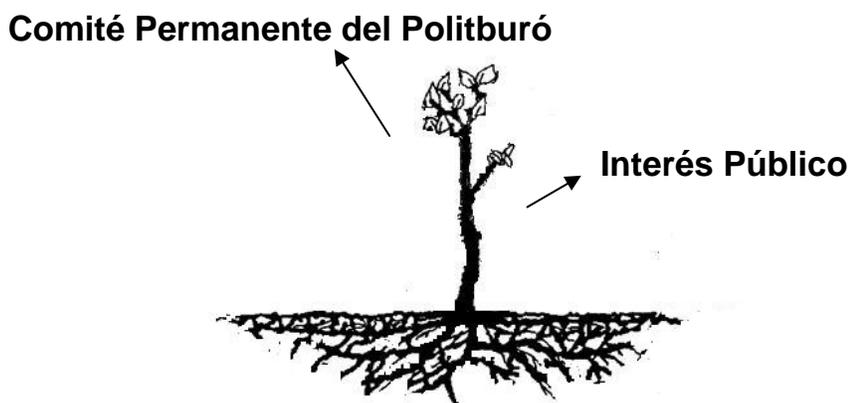
China comenzó su recuperación económica con Deng Xiaoping en 1978 y continuó durante la década de los ochenta, cuando fueron creadas las primeras "zonas económicas especiales", a las que el gobierno chino llamó "ventanas al mundo". China avanzó en la facilitación del comercio entre 1986 y 1992, lo que generó un ambiente favorable para la inversión extranjera directa. Sin embargo, China sólo resurgió verdaderamente en los años posteriores, dando los primeros pasos para retomar de manera decisiva su lugar como potencia comercial global. China firmó el Protocolo de Adhesión a la OMC en 2001, por el cual se comprometió a concluir numerosos ajustes en su economía antes del año 2016.

Como régimen híbrido comunista que refleja la nueva realidad política del país y sus conflictos ideológicos con respecto a una economía de mercado, la actual estructura institucional de China sigue favoreciendo la centralización y la formulación de políticas en el sentido "de arriba abajo". A la cabeza de la estructura se encuentra el Comité Central del Partido Comunista con 350 miembros, supervisando y orientando a la Asamblea Popular Nacional (2987 miembros) y el Consejo de Estado, también conocido como el Gobierno Popular Central (50 miembros). Bajo el Comité Central está el Politburó Central del Partido Comunista, con 24 miembros, que supervisa al Partido Comunista. En seguida, está el Comité Permanente del Politburó, compuesto por 9 miembros (entre estos el Presidente de China), que es, en la práctica, la máxima autoridad en cuestiones de política comercial. El Ministerio de Comercio (MOFCOM), responsable de llevar a cabo la política comercial de China, prepara y envía las propuestas al Gobierno Popular Central. Tras su evaluación, el Gobierno Popular Central presenta las propuestas al Comité Permanente del Politburó para una decisión final. La Asamblea Popular Nacional, que en teoría debería debatir las propuestas además de aprobar la legislación, viene adoptando la práctica de sellar las decisiones del Comité Permanente del Politburó. Por lo tanto, el Comité Permanente del Politburó actúa de facto como Legislativo y Ejecutivo.

Esta es la razón por la cual el árbol chino tendría sólo dos ramas: una grande para representar que el foco del trabajo de convencimiento debe estar en el Comité Permanente

del Politburó y una más pequeña para el trabajo en el interés público. No hay necesidad de agregar una rama para los medios de comunicación ni para el Poder Legislativo (Asamblea Popular Nacional), ya que ninguno parece estar dispuesto a ir en contra de las políticas del gobierno (Comité Permanente del Politburó) (ver Figura 3).

Figura 3. El Sector Privado en China



Por otro lado, el sector privado es todavía joven y con poca influencia en la formulación de la política comercial en comparación con las empresas estatales, que aún se mantienen fuertes. Por esa razón el árbol chino luce más pequeño que el europeo y el estadounidense (ver Figura 3).

De todas maneras, la tendencia del sector privado en China es de crecimiento. De acuerdo con estudio realizado por la Universidad de Nottingham, el número de pequeñas empresas privadas abiertas por individuos en China aumentó de 140.000 en 1978 a 25 millones en 2005.<sup>7</sup> En el 2000, el 24% de todas las empresas en China eran empresas privadas, aumentando a 53% en el 2005.<sup>8</sup> Para el 2008, las empresas privadas constituían el 78% del mercado.<sup>9</sup> Sin embargo, en ese mismo año, un gran número de empresas privadas cerraron debido a la crisis financiera global, mientras que el gobierno chino introdujo recursos masivos en las empresas estatales.<sup>10</sup> De hecho, las empresas estatales fueron

---

<sup>7</sup> El gobierno chino publica dos tipos de estadísticas sobre empresas privadas: una que cubre a la empresa pequeña y familiar, y la otra que abarca a las restantes empresas. Hongliang Zheng and Yang Yang, *Chinese Private Sector Development in the Past 30 Years: Retrospect and Prospect* (March 2009) <http://www.nottingham.ac.uk/cpi/documents/discussion-papers/discussion-paper-45-hongliang-zheng-chinese-private-sector.pdf>

<sup>8</sup> *Idem*

<sup>9</sup> *China Statistical Yearbook 2009*, <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2009/indexeh.htm>

<sup>10</sup> *Cfr.* Financial Times, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/3c301096-d37b-11dd-989e-000077b07658.html>

incentivadas y apoyadas para absorber a las pequeñas empresas privadas.<sup>11</sup> Según la OCDE, el antes inexistente sector privado contribuyó con un 59% del PIB no agrícola de China en el 2003<sup>12</sup>. Otras estimaciones indican un aumento al 70% en el 2005.<sup>13</sup> Sin embargo, debido al cierre y toma de control de empresas privadas en el 2008, se espera que el nivel de participación de las empresas estatales aumente en las estadísticas de los años posteriores al 2008.

### III. Sistemas de Política de Medio Ambiente

En general, la formulación de las políticas de medio ambiente sigue un sistema similar al de la política comercial. Las dos políticas son producto de la interacción de los cuatro actores: Ejecutivo, Legislativo, Sector Privado e Interés Público. La diferencia está en que las agencias gubernamentales con responsabilidad sobre el tema no son las mismas y que, entre los actores, el interés público, representado por las ONGs principalmente, puede ser más influyente.

En los Estados Unidos, la responsabilidad por el medio ambiente está fragmentada en el Ejecutivo, entre más de 17 agencias, y en el Legislativo, entre 10 comités del Senado y otros 10 de la Cámara. Eso se compara con apenas 2 comités para políticas comerciales en todo el Congreso. El Sector Privado, como en el caso de las políticas comerciales, ejerce su influencia por intermedio de los árboles, que, en general, trabajan en los EE.UU. en contra de medidas que puedan aumentar sus costos o disminuir su competitividad.

El interés público aún no tiene la influencia necesaria para contrarrestar los objetivos de los árboles. Aunque existen muchas organizaciones que promueven los objetivos ambientales, las prioridades de la población general se han trasladado a la economía. Sólo el 2% de la población de los EE.UU. cree que el medioambiente es el tema más importante que enfrenta la nación<sup>14</sup> mientras que el 41% cree que la protección del medio ambiente debería ser una prioridad.<sup>15</sup> La mayoría de las leyes ambientales importantes se aprobaron en los años sesenta y setenta, sin que en la última década haya habido avances importantes en la aprobación de leyes integrales sobre medioambiente. Para la creación de políticas medioambientales, el alineamiento de los objetivos ambientales y comerciales es virtualmente una necesidad, debido a la marcada división partidista en el Congreso, la disminución del apoyo público a la protección del medioambiente y el incremento de la negociación del cambio climático.

En la Unión Europea no hay diferencias de procedimiento entre los sistemas de política comercial y ambiental, pues la C.E. es competente en relación con ambos sistemas.<sup>16</sup> Aunque el proceso para influir en las políticas es complicado y engorroso en la Unión

---

<sup>11</sup> *Idem*

<sup>12</sup> Brand y Rawski, *China's Great Economic Transformation*, [http://books.google.co.uk/books?id=leGJ224BOG8C&pg=PA693&lpg=PA693dq=percent+of+GDP+non+state+sector&source=web&ots=e6Q1oXv3A&sig=tQqSW\\_RfQnD7NtaCbqhM3fyuS\\_A&hl=en&sa=X&oi=book\\_result&resnum=4&ct=result#v=onepage&q=percent%20of%20GDP%20non%20state%20sector&f=false](http://books.google.co.uk/books?id=leGJ224BOG8C&pg=PA693&lpg=PA693dq=percent+of+GDP+non+state+sector&source=web&ots=e6Q1oXv3A&sig=tQqSW_RfQnD7NtaCbqhM3fyuS_A&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#v=onepage&q=percent%20of%20GDP%20non%20state%20sector&f=false)

<sup>13</sup> Bloomberg Business week, "China is a Private-Sector Economy" (22/08/2005) [http://www.businessweek.com/magazine/content/05\\_34/b3948478.htm](http://www.businessweek.com/magazine/content/05_34/b3948478.htm)

<sup>14</sup> Véase, *Poll Charts Rising U.S. Environmental Satisfaction*, Reuters, 15 de marzo de 2010, <http://www.reuters.com/article/2010/03/15/us-climate-usa-poll-idUSTRE62A3TG20100315>

<sup>15</sup> Andrew C. Revkin, *Environmental Issues Slide in Poll of Public's Concerns*, NY Times, 22 de enero de 2009, <http://www.nytimes.com/2009/01/23/science/earth/23warm.html>

<sup>16</sup> *Vid.* [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

Europea, tanto para el interés público como para el sector privado, las preocupaciones ambientales son una prioridad mucho mayor para el público europeo que para el estadounidense. Prácticamente toda la población de la Unión Europea cree que la protección del medioambiente es importante; el 64% dice que es muy importante y el 32% que es bastante importante mientras que sólo el 4% cree que no es importante.<sup>17</sup> Como resultado, las políticas que la Unión Europea ha adoptado en los últimos diez años la han llevado a los más altos niveles de protección del medio ambiente en el mundo<sup>18</sup>, muchas veces en contra de los deseos del sector privado.

En China, el mismo sistema de formulación política “de arriba abajo” se aplica a las políticas ambientales, con el Comité Permanente del Politburó ejerciendo papel preponderante. Las diferencias están en el Ejecutivo. Mientras el MOFCOM es la principal agencia gubernamental en política comercial, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (NDRC) tiene esa función en política ambiental.<sup>19</sup>

#### **IV. Los cruces entre la política comercial y ambiental**

Los cruces entre política comercial y ambiental son múltiples y variados. Ocurren de manera directa, por ejemplo, en acuerdos bilaterales y regionales de comercio por intermedio de cláusulas específicas de medio ambiente y, de manera indirecta, en la relación de causa y efecto que existe entre las dos políticas. Los acuerdos ambientales multilaterales han utilizado el comercio como una herramienta para crear soluciones internacionales a problemas aparentemente locales, de extinción de especies y eliminación de residuos peligrosos.<sup>20</sup> Además, la inclusión de obligaciones ambientales es cada vez más frecuente en los acuerdos preferenciales de comercio. La Ronda de Doha de la OMC incluye el compromiso de liberalizar el comercio de bienes y servicios ambientales. Sin embargo, aún no está claro si el uso de la política comercial como instrumento para lograr fines ambientales, o de la política ambiental para lograr objetivos de política comercial, es efectivo.

El entendimiento de esta dinámica se fundamenta en el conocimiento de los sistemas de formulación política en los países involucrados en cada caso. Para fines de este artículo,

---

<sup>17</sup> Comisión Europea, *Attitudes of European Citizens Towards the Environment 11* (Mar. 2008), [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_295\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_295_en.pdf)

<sup>18</sup> *Activities of the European Union – Environment*, EUROPA, [http://europa.eu/pol/env/index\\_en.htm](http://europa.eu/pol/env/index_en.htm) (última visita diciembre 4, 2011).

<sup>19</sup> Ver <http://en.ndrc.gov.cn/mfndrc/default.htm>. Entre las más importantes misiones de la NDRC se encuentran las siguientes: “10. Promover la estrategia de desarrollo sostenible; emprender una coordinación integral de ahorro de Energía y reducción de emisiones; organizar la formulación y coordinar la implementación de planes y políticas para la economía del reciclaje, energía nacional y conservación de recursos y utilización integral; participar en la formulación de planes para la mejora ecológica y la protección ambiental; coordinar la solución de problemas mayores relacionados con construcción ecológica, conservación de energía y de recursos y utilización integral; coordinar el trabajo relacionado con industrias amigas del medio ambiente; y promover la producción limpia. 11. Organizar la formulación de estrategias claves, planes y políticas en relación con el cambio climático; asumir el liderazgo con otros ministerios en la asistencia a negociaciones internacionales sobre cambio climático; emprender trabajos relacionados con el cumplimiento de la Convención Marco sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas.”

<sup>20</sup> Véase por ejemplo, WTO, *Matrix on Trade Measures Pursuant to Selected MEAs*, WT/CTE/W/160/Rev.1, (14/06/2001) (delineando las disposiciones relacionadas con el comercio en 14 convenciones y protocolos ambientales).

tomaremos como base los sistemas de los países más influyentes, según lo discutido anteriormente.

El Protocolo de Montreal para la Convención de Viena es un ejemplo de un modelo exitoso en el cual la economía y el medio ambiente se alinearon para alcanzar una solución coordinada entre los países desarrollados y en desarrollo, la industria y los gobiernos, y la incertidumbre y la ciencia. Este Protocolo es un modelo de cómo los países desarrollados y en desarrollo, en conjunto con la industria, fueron capaces de prácticamente eliminar, de manera coordinada, las sustancias destructoras del ozono a través de la asistencia financiera y disposiciones comerciales.<sup>21</sup> Sin embargo, rara vez los intereses de todos los actores participantes en la formulación de políticas (Ejecutivo, Legislativo, sector privado y el interés público) se alinean, lo que es particularmente evidente en las negociaciones en curso sobre una estrategia internacional para abordar el cambio climático.

## 1. *El Medioambiente y los Acuerdos Comerciales*

### A. *Acuerdos regionales de comercio*

Los países desarrollados están incluyendo cada vez más capítulos medioambientales en sus acuerdos comerciales con otros países. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) de 1994, es el primer acuerdo comercial de EE.UU. que incluye un acuerdo ambiental paralelo;<sup>22</sup> desde entonces, todos los tratados bilaterales de este país han incluido capítulos de medioambiente.<sup>23</sup> Como mínimo, según establece la Ley de Promoción del Comercio (*Trade Promotion Act*) de 2002,<sup>24</sup> estos acuerdos deben requerir al país signatario hacer cumplir sus propias leyes ambientales. Una característica única de los acuerdos de EE.UU. es que si el mecanismo de solución de controversias no elimina el problema, el país puede exigir compensación económica por el incumplimiento de las disposiciones ambientales, y en caso de no pago, puede suspender las concesiones arancelarias.<sup>25</sup> Estados Unidos también permite a cualquier interesado el envío de denuncias a la agencia responsable de hacer cumplir las disposiciones ambientales.<sup>26</sup> Debido a que la integración de objetivos ambientales en los acuerdos comerciales es un fenómeno reciente, hay pocos datos empíricos para demostrar si han sido eficaces. En algunos casos parece que los acuerdos comerciales bilaterales con EE.UU. habrían permitido a los países modificar e implementar leyes ambientales más rápidamente

---

<sup>21</sup> Véase en general, UNEP, Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer 2007: A Success in the Making (2007), [http://ozone.unep.org/Publications/MP\\_A\\_Success\\_in\\_the\\_making-E.pdf](http://ozone.unep.org/Publications/MP_A_Success_in_the_making-E.pdf); UNEP/GRID Arendal, Vital Ozone Graphics, 8 Mobilization 3: Learning from the Montreal Protocol, <http://www.grida.no/publications/vg/ozone/page/1393.aspx>, última visita Sept. 21, 2011.

<sup>22</sup> Anuradha R. V., "Environment", en Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur (comp.), *Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook*, 2011, p. 407, <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/C19.pdf>

<sup>23</sup> Representante de Comercio de los EE.UU. (USTR), Bilateral and Regional Trade Agreements, <http://www.ustr.gov/trade-topics/environment/bilateral-and-regional-trade-agreements> (última visita Sept. 21, 2011).

<sup>24</sup> Anuradha R. V., *supra* nota 22, p. 408.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 409-10.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 410, 417.

de lo que hubiera sido de otra manera; pero aún está por verse si los acuerdos comerciales llevan a una mejor aplicación de las leyes nacionales.<sup>27</sup>

La Unión Europea realiza evaluaciones de impacto de sustentabilidad (EIS) para determinar el impacto del acuerdo en la Unión Europea y en los socios comerciales antes de entrar en el acuerdo, y ha comenzado a incluir al medioambiente como una sección propia del acuerdo.<sup>28</sup> Al igual que en los acuerdos de EE.UU., la Unión Europea, en general, incluye la resolución de controversias vinculantes y compensación financiera, pero no permite la suspensión de concesiones arancelarias como lo hace EE.UU.<sup>29</sup>.

China también ha comenzado a incluir disposiciones ambientales en sus acuerdos comerciales, aunque éstas son mucho menos extensas que las de los países desarrollados y, en general, no son vinculantes.<sup>30</sup>

### **B. La OMC**

El artículo XX del GATT permite específicamente a los países miembros de la OMC adoptar medidas para proteger la salud humana y el medioambiente que de otra manera violarían las reglas de esta organización, siempre y cuando tales medidas no sean más restrictivas del comercio de lo necesario. Los países han planteado esta defensa en muchas disputas y han tenido éxito en algunas de ellas, particularmente en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto*, que se discute más adelante.

Además de las disposiciones y programas existentes de la OMC que reconocen una preocupación por el medioambiente, la liberalización del comercio de bienes y servicios ambientales se incluyó en la Declaración de Doha de 2001<sup>31</sup>. En el 2007, EE.UU. y la Unión Europea publicaron una propuesta conjunta que establecía dos niveles de liberalización; en primer lugar, bienes y servicios climáticos con todos los miembros y en segundo, la negociación de un acuerdo más amplio sobre bienes y servicios ambientales, incluyendo energía, construcción, arquitectura, ingeniería y servicios integrados de ingeniería.<sup>32</sup>

A pesar de que el avance en el ámbito multilateral ha sido lento, hubo discusiones sobre bienes y servicios ambientales a principios del 2011. Los Miembros identificaron a la liberalización sobre el control de la contaminación del aire, las energías renovables, y la gestión de residuos y tratamiento de aguas como prioridad, pero el acuerdo sobre la definición de bienes y servicios ambientales sigue siendo difícil, con India, Brasil y Argentina a favor de limitar la definición a los productos y servicios que se utilizan exclusivamente para fines ambientales; y otros países, incluyendo E.E.U.U., la Unión

---

<sup>27</sup> *Idem*, p. 413-414.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 409 y 415.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 417.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 408, México incluso. *Idem*, p. 410, Japón acaba de incorporar principios de cooperación medioambientales en sus acuerdos comerciales para ayudar a los países a alcanzar objetivos ambientales específicos.

<sup>31</sup> Organización Mundial del Comercio, Declaración Ministerial del 14 de noviembre de 2001, art. 31 (iii), WT / MIN (01) / DEC / 1, 41 I.L.M. 746 (2002).

<sup>32</sup> Resumen de la propuesta *U.S. and EC Proposal for Liberalizing Trade in Environmental Goods and Services in the WTO DDA Negotiations*, 30 de noviembre de 2007, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/november/tradoc\\_136955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/november/tradoc_136955.pdf)

Europea, Japón, Noruega y Arabia Saudita, que favorecen la inclusión de bienes y servicios con múltiples usos, siempre que beneficien el medioambiente.<sup>33</sup>

## 2. Cambio Climático

### A. Convención Marco sobre el Cambio Climático (“UNFCCC”)

En 1992, los países adoptaron la Convención para evitar la "interferencia antropogénica peligrosa" con la atmósfera<sup>34</sup>. Aunque hay cerca de 200 países firmantes,<sup>35</sup> avanzar hacia esa meta ha sido extremadamente difícil debido a que las emisiones de carbono están directamente relacionadas con el uso de combustibles fósiles y las prácticas existentes para el crecimiento económico. En el Protocolo de Kyoto de 1997 para la Convención, los países desarrollados se comprometieron a reducir sus emisiones de carbono; sin embargo, E.E.U.U. se retiró del acuerdo porque el gobierno de George W. Bush consideró que éste era demasiado costoso para la economía estadounidense, que la base científica detrás del calentamiento global era cuestionable y que no era justo que los países en desarrollo no tuvieran que reducir sus emisiones de carbono.<sup>36</sup> Se trata de una posición conocidamente del partido republicano norteamericano, que resultaba de presión significativa de una mayoría del sector privado, compuesta por asociaciones (árboles) a cuyos miembros les costaría en mayor medida reducir sus emisiones.

A pesar del rechazo de EE.UU. al Protocolo de Kyoto, los demás signatarios procedieron con el acuerdo para reducir sus emisiones entre 2008 y 2012. Uno de los mecanismos establecidos para ayudar a los países a rebajar sus emisiones es el Mecanismo de Desarrollo Limpio (CDM, por sus siglas en inglés), a través del cual los países desarrollados financian proyectos de reducción de emisiones de carbono en países en desarrollo y reciben créditos a cambio. Sin embargo, el MDL no está exento de controversia, como la financiación de proyectos en China - en parte para represas hidroeléctricas y plantas de energía eólica<sup>37</sup> - que alcanzó el 40% de los desembolsos. También se formularon preguntas sobre el impacto de los proyectos en la población local y el medioambiente, y acerca de la supuesta manipulación de precios de la energía por el Gobierno chino con el fin de aprobar más proyectos.

---

<sup>33</sup> Red del Tercer Mundo, Miembros de la OMC sostienen conversaciones sobre bienes y servicios ambientales, 17 de enero de 2011. Véase también ICTSD, *Trade in Environmental Goods And Services and Sustainable Development* (2007), [http://ictsd.org/downloads/2008/02/compendium\\_dec\\_2007.pdf](http://ictsd.org/downloads/2008/02/compendium_dec_2007.pdf)

<sup>34</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, United Nations Framework Convention on Climate Change: resolution / adopted by the General Assembly, 20 de enero de 1994, UN. Doc. A/RES/48/189.

<sup>35</sup> Resumen de la Conferencia de Cancún sobre Cambio Climático, nov. 29 a dic. 11, 2010, Earth Negotiations Bulletin (Int'l Inst. for Dev. Sostenible, Nueva York, NY), 13 de diciembre de 2011, [en adelante, ENB UNFCCC COP-16], [www.iisd.ca/download/pdf/enb12498e.pdf](http://www.iisd.ca/download/pdf/enb12498e.pdf)

<sup>36</sup> Tony Karon, *When it Comes to Kyoto, the U.S. is the “Rogue Nation”*, TIME, 24 de julio de 2001, <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,168701,00.html>. Véase también Deborah White (2010). *George Bush Refuses to Sign Kyoto Protocol to Stem Global Warming*. About.com (The New York Times).

<sup>37</sup> Basado en información del sitio web del MDL en China, de un total de 1.882 proyectos aprobados por China para el registro MDL en febrero de 2009; 783 fueron represas hidroeléctricas, seguido de 318 proyectos de energía eólica. Véase, *Carbon-Trading Scheme Undermined by Chinese Projects*, Dec. 9, 2009, The Epoch Times, <http://www.theepochtimes.com/n2/world/carbon-trading-scheme-chinese-projects-26215.html>

Además, las fábricas que producen refrigerantes, principalmente en China e India,<sup>38</sup> recibieron financiación del MDL para destruir el subproducto HFC-23.<sup>39</sup> Estos proyectos reciben mucho más financiamiento del MDL de lo que presuntamente sería necesario para destruir este gas, creando incentivos perversos para que los países produzcan refrigerantes en exceso con el fin de recibir más créditos.<sup>40</sup> A pesar de la oposición que ha habido durante varios años, este financiamiento todavía se mantiene.

El Protocolo de Kyoto caduca en el 2012 y con ello la reducción de emisiones que los países previamente habían acordado. Negociaciones serias para un nuevo acuerdo de seguimiento han estado en curso desde la reunión de Copenhague en el 2009, pero el progreso ha sido menor debido principalmente a que E.E.U.U. y otros países desarrollados creen que los países de reciente industrialización, como China, Brasil e India, también deberían asumir compromisos de reducción de emisiones.<sup>41</sup>

### **B. El Sistema de Comercio de Emisiones de la Unión Europea**

En la Unión Europea, donde la sensibilidad a la protección al medio ambiente es mayor, y donde, por consecuencia, las ONGs ambientales tienen más poder de influencia que en los EE.UU., fue posible la implementación de un mecanismo innovador. Como parte de su esfuerzo para alcanzar las metas de reducción fijadas en el Protocolo de Kyoto, la Unión Europea creó un Sistema de Comercio de Emisiones (ETS), en el cual las empresas europeas que reduzcan sus emisiones pueden negociar con aquellas que exceden sus límites.<sup>42</sup> Aunque ha habido algunos contratiempos y complicaciones, el ETS es el mercado de carbono más desarrollado en funcionamiento. El ETS, que incluye actualmente las emisiones de las centrales eléctricas de la Unión Europea y ciertas fábricas, se ampliará en el 2012 para incluir a las compañías aéreas que operan en la Unión Europea; así como a los productos petroquímicos y otros gases en el año 2013.<sup>43</sup> Esta ampliación ha tenido una oposición significativa, ya que afectará a países fuera de la Unión Europea y aumentará los costos de volar hacia y desde esta región. En señal de protesta, China bloqueó la venta de varios aviones Airbus en Hong Kong en junio de 2011, la Asociación de Transporte Aéreo de EE.UU. presentó una demanda ante la Corte Europea de Justicia<sup>44</sup>, y el Congreso de este país ha sostenido audiencias sobre el asunto, y podría incluso impugnar la medida ante la OMC.

---

<sup>38</sup> Stephen O. Andersen, NRDC, *Making Climate Change and Ozone Treaties Work Together to Curb HFC-23 and Other "Super Greenhouse Gases"* (2010), <http://www.nrdc.org/globalWarming/files/hfc23.pdf>

<sup>39</sup> *Kyoto Protocol 'Loophole' has Cost \$6 Billion*, Feb. 9, 2007, NEW SCIENTIST, <http://www.newscientist.com/article/dn11155-kyoto-protocol-loophole-has-cost-6-billion.html>

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> Para conocer lo último sobre las negociaciones, véase ICTSD, *Countries Struggle at Panama Climate Meeting on Road to Durban*, Oct. 5, 2011, <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/114956/>

<sup>42</sup> Comisión Europea, *Emissions Trading System (EU ETS)*, [http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index_en.htm) (revisado 21/09/ 2011).

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> Peter Liese MEP, Comunicado de Prensa, *Emissions Trading Scheme: US Airlines File Suit at the ECJ Against Emissions Trading*, 5/07/2011, <http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?prcontroldoctypeid=1&prcontrolid=10499&prcontentid=17728&prcontentlg=en>.

Aunque la ONU no ha tomado medidas, a partir del 2013, la Unión Europea va a prohibir los créditos derivados de la destrucción de los subproductos de los gases industriales HFC-23 y N<sub>2</sub>O de los proyectos del MDL.

### **C. Propuestas de Impuesto Aduanero al Carbono**

Durante las negociaciones de la CMNUCC en 2008 y 2009, se tenía la esperanza de que EE.UU. participaría en un acuerdo que sustituyera al Protocolo de Kyoto. El Congreso americano examinó una serie de proyectos de ley que exigirían la reducción de emisiones. Para hacer estas propuestas políticamente factibles, muchas incluyeron, por iniciativa del sector privado americano, un "impuesto aduanero al carbono" (*carbon border tax*) que los países con estándares de emisión menos estrictos que los recientemente adoptados por Estados Unidos tendrían que pagar por sus exportaciones a EE.UU.<sup>45</sup> Aunque existe la posibilidad de que tales medidas fronterizas violen las normas de la OMC<sup>46</sup>, la pregunta permanece aún en la academia ya que hay poca esperanza en la aprobación de una ley climática en EE.UU y, en última instancia, en un acuerdo climático internacional de gran alcance en el futuro próximo.

## **3. Diversidad Biológica y Vida Silvestre<sup>47</sup>**

### **A. Las especies marinas**

#### **a. CITES**

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas (CITES) regula el comercio internacional de especies silvestres -incluida "la exportación, reexportación, importación e introducción por mar"- a través de permisos y certificaciones.<sup>48</sup> Basada en una propuesta de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y firmada por ochenta países en el año 1973, la CITES tiene actualmente 175 miembros.<sup>49</sup> Inicialmente, la CITES se refería a un pequeño subgrupo de animales utilizados en la industria de la moda, pero hoy en día abarca el comercio internacional de aproximadamente 5.000 animales y 28.000 especies de plantas con infinidad de usos.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Valentina Durán Medina & Rodrigo Polanco Lazo, *A Legal View on Border Tax Adjustments and Climate Change: A Latin American Perspective*, SUSTAINABLE DEV. LAW & POLICY, Primavera 2011, p.30.

<sup>46</sup> Véase en general, Gary Clyde Hufbauer et al., *Global Warming and the World Trading System* 1-29 (2009).

<sup>47</sup> Adaptado, Melissa Blue Sky, *Getting on the List: Politics and Procedural Maneuvering in CITES Appendix I and II Decisions for Commercially Exploited Marine and Timber Species*, Sustainable Development Law and Policy, Primavera 2010, p. 35.

<sup>48</sup> Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, arts. I-VI. 03 de marzo 1973, 27 U.S.T. 1087, 993 U.N.T.S. 243 (entró en vigor el 1 de julio 1975) [en adelante, CITES] (que regula el comercio de especies y sus partes).

<sup>49</sup> Véase, *Memorandum of Understanding Between the Secretariat of the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora and IUCN-The World Conservation Union*, Julio 1999, <http://cites.org/common/disc/sec/CITES-IUCN.pdf>; CITES, supra nota 46; CITES, The CITES species, <http://www.cites.org/eng/disc/species.shtml> (revisado 22/08/2011) [en adelante CITES especies].

<sup>50</sup> Véase CITES, supra nota 47.

Alrededor del 80% del monto anual de comercio internacional de fauna y flora silvestres consiste en el comercio de la pesca y la madera.<sup>51</sup> Que ninguna de las seis propuestas para incluir especies marinas, algunas de las cuales ya habían sido presentadas en anteriores reuniones de la CITES, fueran aceptadas en la última Conferencia de las Partes en el 2010,<sup>52</sup> ilustra la tensión fundamental en las decisiones de inclusión: las especies que más necesitan protección del comercio tienen menos probabilidades de ser incluidas en CITES debido a los altos niveles de demanda. De hecho, la determinación de proporcionar protección a especies explotadas comercialmente a menudo tiene más que ver con la economía que con la ciencia.

Fuera de las discusiones de CITES, existe un acuerdo casi unánime de que la situación del atún rojo del Atlántico es muy grave.<sup>53</sup> La pesca comercial de esta especie sólo se inició en la década de los setenta,<sup>54</sup> pero la población ha caído a sólo el 15% de su total antes de que la pesca comenzara.<sup>55</sup> Aunque alrededor del 80% del total de las capturas de atún rojo se consume en Japón; Europa y otros países mediterráneos cosechan la mayor parte del atún rojo del Atlántico.<sup>56</sup> La Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (CICAA) lamentablemente ha administrado mal el atún rojo del Atlántico al establecer las cuotas permitidas de capturas (TAC) a niveles que incluso sus propios científicos consideran insostenibles.<sup>57</sup> La rápida disminución de la población de atún rojo del Atlántico ha sido evidente desde hace décadas, Suecia propuso inicialmente listarlo en la CITES en 1992.<sup>58</sup> A pesar de que CICAA redujo los límites de TAC en 2009 a casi la mitad,<sup>59</sup> incluso con una prohibición casi total de pesca, los niveles poblacionales no llegarían a los mínimos históricos en los próximos años.<sup>60</sup>

---

<sup>51</sup> Véase el *Summary of the Fourteenth Conference of the Parties to the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Earth Negotiations Bulletin* (Inst. Internacional. Para Des. Sostenible., Nueva York, NY), 18 de junio de 2007, en 21, [en adelante, el BNT de la CITES COP-14], <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb2161e.pdf>

<sup>52</sup> CITES, Decisiones CoP15 sobre propuestas de enmienda, <http://www.cites.org/eng/news/meetings/cop15/CoP15-decisions-on-proposals.pdf~~HEAD=NNS> [en adelante DECISIONES COP15].

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, *Trade and Conservation: Fin times*, THE ECONOMIST (Londres), 18/03/2010; David Jolly & John M. Broder, *U.N. Reject Export Ban on Atlantic Bluefin Tuna*, N.Y. TIMES, 18/03/2010, <http://www.nytimes.com/2010/03/19/science/earth/19species.html?ref=global-home>; Comunicado de Prensa de Unión Europea, *EU Confirms Support for Bluefin Tuna Trade Ban* (11/03/2010), <http://www.euractiv.com/en/sustainability/eu-confirms-support-bluefin-tuna-trade-ban-news-329139> (revisado 20/04/2010).

<sup>54</sup> Christine Goepf Towberman, *Fishing for a Solution: The Role of the United States in Preventing Collapse of the Eastern Atlantic Bluefin Fishery*, 38 ENV'T L. REP. NEWS & ANALYSIS 10102, 10102 (2008).

<sup>55</sup> XV Reunión de la Conferencia de las Partes en la CITES, Doha, Qatar, 13-25 marzo 2010,

Acta resumida de la 8ª sesión del Comité I, 1, CoP15 Com. Yo Rec. 8, (18 de marzo de 2010) <http://www.cites.org/eng/cop/15/sum/E15-Com-I-Rec08.pdf> [en adelante Resumen- atún].

<sup>56</sup> Jolly & Broder, *supra* nota 52.

<sup>57</sup> La CICAA tiene sólo cuarenta y dos países como miembros en contraste con los 175 de la CITES.

<sup>58</sup> David Jolly, *Europe Leans Toward Bluefin Trade Ban*, N.Y. TIMES, Feb. 4, 2010,

<http://www.nytimes.com/2010/02/04/world/europe/04tuna.html?fta=y>

<sup>59</sup> Ver Resumen - atún, *supra* nota 53, p. 3

<sup>60</sup> XV Reunión de la Conferencia de las Partes en la CITES, Doha, Qatar, 13-25 marzo 2010, Propuesta de inclusión de atún rojo del Atlántico (*Thunnus thynnus* (Linnaeus, 1758)) en el Apéndice I de CITES de conformidad con el artículo 1 de la II Convención, 8, CoP15 Prop. 19, disponible en <http://www.cites.org/eng/cop/15/prop/E-15-Prop-19.pdf>

La propuesta de inclusión del 2010 fue apoyada por EE.UU e incluso por la Unión Europea, cuyas flotas estarían entre las más afectadas.<sup>61</sup> Sin embargo, Japón indicó que tomaría una reserva si el atún rojo del Atlántico era incluido en la CITES y sirvió sushi de atún rojo en la embajada japonesa apenas unas horas antes de la votación.<sup>62</sup> La "coalición" japonesa fue capaz de derrotar fácilmente la propuesta.<sup>63</sup>

Por otra parte, cuatro propuestas para añadir especies de tiburones de "gran valor comercial" en la CITES fueron rechazadas.<sup>64</sup> China, uno de los consumidores de tiburones más importantes del mundo junto con Japón, no sólo lideró el rechazo de las propuestas de inclusión de los tiburones, sino que se ha opuesto, a la inclusión en CITES de cualquier especie marina.<sup>65</sup>

El sector privado japonés y el gobierno chino, por razones económicas, se oponen a iniciativas de conservación de especies marinas.

### **b. OMC. Estados Unidos - Atún I y II (México)**

La ley americana de Protección de Mamíferos Marinos de 1972 y sus posteriores modificaciones, incluye estándares de protección de delfines para el atún aleta amarilla nacional e importado.<sup>66</sup> Como resultado de la oposición del Departamento de Comercio y de Estado a la aplicación de embargos al atún importado de los países con mayores índices de mortalidad de delfines que los Estados Unidos, el *Earth Island Institute* presentó una demanda para hacer cumplir la prohibición de las importaciones provenientes de México y otros países.<sup>67</sup> En 1991, México impugnó la norma estadounidense y un Informe no adoptado de un Grupo Especial de la OMC constató que la ley de EE.UU. que prohibía la importación de atún capturado con redes de cerco violaba las normas de la OMC, pero no se pronunció en contra de la etiqueta voluntaria "*dolphin safe*" para el atún, ya que no discriminaba entre el atún nacional y el importado.<sup>68</sup> México presentó otra queja ante la OMC en el 2008 sobre la base de la misma etiqueta "*dolphin safe*" que el atún importado de

---

<sup>61</sup> Véase, id. p 1-2 (incluido el texto de la propuesta modificada).

<sup>62</sup> David Jolly, *Japan Plans to Ignore Any Ban on Bluefin Tuna*, N.Y. TIMES, 20/02/2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/20/business/energy-environment/20tuna.html?fta=y>; Justin McCurry, *How Japanese Sushi Offensive Sank Move to Protect Sharks and Bluefin Tuna*, THE GUARDIAN, 26/03/2010, disponible en <http://www.guardian.co.uk/environment/2010/mar/26/endangered-bluefin-tuna-sharks-oceans>.

<sup>63</sup> Véase McCurry, supra nota 60 (que describe cómo Japón había estado acumulando votos meses antes de la COP-15 y cómo el financiamiento japonés para el desarrollo de las industrias pesqueras en países en desarrollo había sido utilizado para enviar delegados de algunos de estos países a la Conferencia de las Partes).

<sup>64</sup> Comunicado de Prensa CITES, *CITES Conference Ends Without New Sharks in its Net* (25/03/2010), [http://www.cites.org/eng/news/press\\_release.shtml](http://www.cites.org/eng/news/press_release.shtml) (revisado el 23/04/2010).

<sup>65</sup> David Jolly, *U.N. Group Rejects Shark Protections*, N.Y. TIMES, 23/03/2010, <http://www.nytimes.com/2010/03/24/science/earth/24shark.html>

<sup>66</sup> OMC, Controversias Medioambientales 4, México, etc. Versus EE.UU.: "Atún-Delfín", [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis04\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis04_e.htm) (visitado el 21 de septiembre 2011).

<sup>67</sup> Caso GATT Atún - Delfín, <http://www1.american.edu/tes/TUNA.HTM> (revisado el 21 de septiembre 2011); Public Citizen, *Flipper gets axed by WTO*, 15 de septiembre de 2011, <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2011/09/flipper-again-on-the-wto-chopping-block.html>

<sup>68</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de productos de atún y atún (Estados Unidos — Atún II (México))*, WT/DS381/R, 15 de septiembre de 2011.

México todavía no era elegible para recibir.<sup>69</sup> Como resultado, las importaciones americanas de atún procedentes de México se mantuvieron en torno al 1% de las importaciones totales en el 2010.<sup>70</sup> Un informe de Grupo Especial recientemente determinó que si bien la ley de EE.UU. no discrimina contra el atún mexicano, la etiqueta "*dolphin safe*" viola las normas de la OMC ya que restringe el comercio más de lo necesario<sup>71</sup> y probablemente tendrá que ser eliminada o modificada de manera significativa.

### B. La Madera

En la Conferencia de las Partes (COP) de la CITES en el 2010, dos propuestas sobre especies de madera económicamente importantes se aceptaron sin mucho debate. A pesar de que los esfuerzos por incluir a algunas especies de madera han encontrado resistencia en las COP anteriores; las propuestas para incluir a la madera palo de rosa ("*rosewood*") y el palo santo ("*holy wood*") fueron presentadas por Brasil y Argentina, respectivamente - países que son fuentes principales de especies en el comercio internacional.<sup>72</sup> Cuando los países que proponen la inclusión están involucrados en el comercio internacional de una especie como exportadores y encuentran poca oposición de los importadores, las propuestas de inclusión son más propensas a ser aprobadas.

En contraste a la oposición que la propuesta de inclusión de la madera palo de rosa encontró en la COP-14; la propuesta fue aprobada por consenso en la COP-15.<sup>73</sup> En el 2007, una amplia gama de países de América Latina se opusieron a la propuesta, citando preocupaciones de sustentabilidad y problemas de implementación con las obligaciones de la CITES. Como la mayor parte del comercio internacional es de madera talada en Brasil, este país presentó en la COP-15 la propuesta de inclusión de la madera palo de rosa que se utiliza como ingrediente para perfumes.<sup>74</sup> Aunque se expresaron preocupaciones sobre identificación en productos finales, una enmienda eliminando esos productos se aceptó, al igual que una propuesta para crear un grupo de trabajo en cuestiones de identificación.<sup>75</sup>

Argentina, que junto a Paraguay cuenta con la mayor cantidad de palo santo (*holy wood*) recomendó su inclusión en la CITES, debido a las presiones por la pérdida de hábitat

---

<sup>69</sup> *Idem*

<sup>70</sup> Amanda Hamilton, Havice Elizabeth y Campling Liam, Agencia de Pesca Islas del Pacífico, FFA Fisheries Trade News, Volumen 4: Número 5 de mayo de 2011, <http://www.ffa.int/node/459>.

<sup>71</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Atún II (México)*, supra nota 67. Véase también, *WTO Favors Mexico in Tuna Dispute with U.S* Fuente, REUTERS, 19 de julio de 2011, <http://www.reuters.com/article/2011/07/19/us-mexico-trade-tuna-idUSTRE76I6LH20110719>.

<sup>72</sup> Ver BNT CITES COP-14, supra nota 50, p.20; Summary of the Fifteenth Conference of the Parties to the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Earth Negotiations Bulletin (Inst. Internacional para Desarrollo Sostenible., New York, NY), 29 de marzo 2010, <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb2167e.pdf>

<sup>73</sup> Ver BNT CITES COP-14, supra nota 50, p. 21; Acta resumida de la quinta sesión del Comité I, 5, CoP15 com. Yo Rec. 5 (Rev. 1), (17 de marzo de 2010), <http://www.cites.org/eng/cop/15/sum/E15-Com-I-Rec05.pdf> [en adelante Resumen-palo de rosa].

<sup>74</sup> Véase, Fifteenth Meeting of the Conference of the Parties to CITES, Doha, Qatar, Mar. 13-25, 2010, Inclusion of *Aniba rosaedora* Ducke in Appendix II, in compliance with the provisions of Article II, paragraph 2 (a), of the text of the Convention, and paragraph A of Annex 2 a., 1-5, CoP15 Prop. 29, <http://www.cites.org/eng/cop/15/prop/E-15-Prop-29.pdf>

<sup>75</sup> Resumen-Palo de Rosa, supra note 72, p. 4-5.

y el comercio<sup>76</sup>. Se utiliza la madera y aceite esencial del “*holy wood*” en medicina y una serie de usos tradicionales.<sup>77</sup> La propuesta fue aprobada por consenso luego que se considerara y aprobara también un borrador de España para la creación de un grupo de trabajo sobre cuestiones técnicas.<sup>78</sup>

#### **4. El mercurio, los productos químicos y la protección ambiental**

La mayoría de los usos intencionales del mercurio están disminuyendo en los países industrializados, pero las emisiones procedentes de Asia están aumentando. El mercurio es un contaminante verdaderamente global porque las emisiones se transmiten a través de la atmósfera y se bioacumulan en los peces que son la principal fuente de proteínas para mil millones de personas en el mundo.<sup>79</sup> Reconociendo los riesgos globales que plantea este elemento, la Unión Europea adoptó una estrategia sobre el mercurio en el año 2005-que contiene 20 medidas para reducir su uso y emisiones- y prohibió la exportación de mercurio a partir del 2011.<sup>80</sup> En EE.UU., el gobierno federal y los estados han promulgado leyes y reglamentos que limitan el uso del mercurio en productos, las emisiones de mercurio, y que regulan su almacenamiento seguro.<sup>81</sup> Por otra parte, una ley estadounidense de 2008 que prohíbe las exportaciones de mercurio entrará en vigor en el 2013.<sup>82</sup>

#### **C. La Nueva Convención sobre el Mercurio**

El 2002, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (“PNUMA”) publicó su Evaluación Mundial sobre Mercurio y consecuentemente, el Consejo de Administración del PNUMA determinó que se necesitaba más cooperación internacional.<sup>83</sup> Sin embargo, el gobierno de George W. Bush continuamente se opuso a la creación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante. A pesar de que una serie de países europeos y las ONG internacionales trataron de mantener el apoyo a la idea de un tratado, en febrero de 2009, el Consejo de Gobierno y los países asumieron que un nuevo tratado estaba fuera de su alcance debido a que la Administración Obama no tendría tiempo suficiente tiempo para reconsiderar la posición de EE.UU.<sup>84</sup> En un movimiento que tomó a muchos por sorpresa, EE.UU. apoyó la creación de un tratado internacional después de que

---

<sup>76</sup> XV Reunión de la Conferencia de las Partes en la CITES, Doha, Qatar, 13-25 marzo 2010, Inclusion of *Bulnesia sarmientoi* in Appendix II, in compliance with the provisions of Article II, paragraph 2 (a), of the text of the Convention, and Resolution Conf. 9.24 (Rev. CoP14), Annex 2 a, paragraph A, 4-7, CoP15 Prop. 42, <http://www.cites.org/eng/cop/15/prop/E-15-Prop-42.pdf>.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 5-6.

<sup>78</sup> XV Reunión de la Conferencia de las Partes de CITES, Doha, Qatar, 13 a 25 marzo 2010, *Summary record of the sixth session of Committee I*, 2, CoP15 Com. Yo Rec. 6 (Rev. 1), (17 de marzo de 2010), <http://www.cites.org/eng/cop/15/sum/E15-Com-I-Rec06.pdf>

<sup>79</sup> *Global and Regional Food Consumption Patterns and Trends*, Organización Mundial de la Salud, [http://www.who.int/nutrition/topics/3\\_foodconsumption/en/index5.html](http://www.who.int/nutrition/topics/3_foodconsumption/en/index5.html) (revisado 19/08/2011).

<sup>80</sup> *Mercury*, Comisión Europea - MEDIO AMBIENTE - PRODUCTOS QUÍMICOS, <http://ec.europa.eu/environment/chemicals/mercury/> (Última actualización 26/07/2011).

<sup>81</sup> Véase, EPA, Mercury Laws and Regulations, <http://www.epa.gov/hg/regs.htm> (revisado 21/09/2011).

<sup>82</sup> *Idem*

<sup>83</sup> De las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Decisiones adoptadas por el Consejo de Administración / Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial en su 24o período de sesiones, 24/3 Gestión de productos químicos, 9 de febrero de 2007, [www.unep.org/gc/gc24/docs/GC24\\_decisions.pdf](http://www.unep.org/gc/gc24/docs/GC24_decisions.pdf)

<sup>84</sup> *Obama Shifts U.S. Policy to Back Global Mercury Control Treaty*, ENV'T NEWS SERVICE, 16/02/2009, <http://www.ens-newswire.com/ens/feb2009/2009-02-16-02.asp>

se reuniera con las ONGs en las dos semanas previas al Consejo de Administración.<sup>85</sup> Otros países, como China, que se habían opuesto con anterioridad al tratado también acordaron seguir adelante con la negociación de un instrumento jurídicamente vinculante. Las partes llevan más de un año en las negociaciones, que están programadas para concluir antes del Consejo de Administración de febrero de 2013, pero están lejos de un acuerdo sobre cuestiones claves como financiamiento, prohibición de exportaciones y límites de emisiones.

La principal fuente de emisiones antropogénicas de mercurio es la quema de combustibles fósiles,<sup>86</sup> que es también la principal fuente de emisiones de carbono. Aunque tanto a la EPA en EE.UU. como a las ONGs les gustaría que el tratado sobre mercurio incluya límites; la lucha principal sobre emisiones de combustibles fósiles, especialmente de carbón, probablemente va a ocurrir en el contexto del tratado sobre cambio climático.

#### **D. Minería artesanal y en pequeña escala**

El uso de mercurio en la minería informal de oro es una de las principales fuentes de contaminación por mercurio en todo el mundo, sólo superada por la quema de combustibles fósiles.<sup>87</sup> Por otra parte, la demanda de mercurio de este sector es mayor que la de cualquier otro. Muchos países con minería de oro a pequeña escala – incluido Brasil-, tienen leyes que limitan el uso de mercurio en esta actividad, pero a menudo el mercurio importado legalmente se vende en el mercado negro.<sup>88</sup> China es el mayor usuario de mercurio en la minería de oro y utiliza suministros de mercurio nacional en lugar de importado.<sup>89</sup>

Desde el 2002, las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial y el PNUMA han patrocinado proyectos para que los mineros usen tecnologías libres de mercurio en la extracción de oro y para reducir las emisiones de mercurio en el agua y el aire.<sup>90</sup> Por desgracia, el mercurio sigue siendo para muchos mineros la sustancia más barata y más fácil de utilizar en la separación de oro y los incentivos para que los individuos se inicien en esta minería siguen aumentando dado el alto precio del oro.

### **5. Casos en la OMC impugnando leyes nacionales sobre productos químicos, el medioambiente y la salud pública**

#### **A. El caso Comunidades Europeas - Amianto**

Canadá presentó un reclamo en la OMC contra la prohibición de Francia a las importaciones de amianto (también conocido como asbesto) y de productos que contienen amianto en 1998, alegando que violaba varios artículos del GATT, del Acuerdo MSF(SPS,

---

<sup>85</sup> *U.S. Reverses Bush Policy, Seeks Mercury Treaty*, ASSOCIATED PRESS, 16/02/2009, disponible en [http://www.msnbc.msn.com/id/29225387/ns/world\\_news-world\\_environment/t/us-reverses-bush-policy-seeks-mercury-treaty/](http://www.msnbc.msn.com/id/29225387/ns/world_news-world_environment/t/us-reverses-bush-policy-seeks-mercury-treaty/)

<sup>86</sup> Elisabeth G. Pacyna et al., *Global Anthropogenic Mercury Emission Inventory For 2000*, 40 ATMOSPHERIC ENV'T 4048, 4048 (2006).

<sup>87</sup> *Mercury in Gold Mining Poses Toxic Threat*, ASSOCIATED PRESS, 10/01/2009, disponible en [http://www.msnbc.msn.com/id/28596948/ns/world\\_news-world\\_environment/t/mercury-gold-mining-poses-toxic-threat/](http://www.msnbc.msn.com/id/28596948/ns/world_news-world_environment/t/mercury-gold-mining-poses-toxic-threat/)

<sup>88</sup> *Idem*

<sup>89</sup> *Idem*

<sup>90</sup> *About the GMP*, GLOBAL MERCURY PROJECT, <http://www.globalmercuryproject.org/about/about.htm> (revisado el 20/08/2011).

por sus siglas en inglés) y el Acuerdo sobre OTC (TBT, por sus siglas en inglés)<sup>91</sup>. Como el principal exportador de amianto en la década de los noventa<sup>92</sup> y base de la primera mina comercial de amianto,<sup>93</sup> los productores canadienses tenían un gran interés en eliminar la prohibición. Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación se alinearon con la postura de Francia de que la prohibición estaba justificada para proteger la vida y la salud humana, de acuerdo con el artículo XX del GATT,<sup>94</sup> porque el amianto es un carcinógeno conocido. Aunque el Órgano de Apelación podría haber basado su decisión en su constatación de que Canadá no había cumplido con su obligación de demostrar que Francia trata el amianto y otros "productos similares" de manera diferente, dicho órgano declaró explícitamente que la prohibición de Francia cumplía con los requisitos del artículo XX como justificación de una medida que ha sido considerada en violación del GATT. De esta manera, el Órgano de Apelación afirmó su voluntad de permitir a los países ejercer su discrecionalidad en la promulgación de medidas justificadas para proteger la salud humana y el medioambiente, aún cuando pueda violar las reglas del comercio.

### **B. El caso Brasil - Neumáticos recauchutados**

En el 2005, Las Comunidades Europeas impugnaron la prohibición de importaciones de Brasil sobre neumáticos recauchutados, alegando que violaba los artículos I, III, XI y XIII del GATT.<sup>95</sup> Inicialmente, Brasil había prohibido las importaciones de neumáticos recauchutados y usados, pero los productores nacionales de neumáticos recauchutados siguieron importando neumáticos usados después de obtener mandamientos judiciales que les permitían hacerlo.<sup>96</sup> La medida prohibiendo la importación de neumáticos recauchutados y las multas que se imponían a las compañías que violaban esta medida fueron demandadas por Uruguay, con motivo de lo cual una decisión del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del Mercosur dio lugar a una excepción a la prohibición para las importaciones de neumáticos procedentes de otros países miembros del Mercosur.<sup>97</sup> Antes de la presentación de su reclamo a la medida brasilera, las Comunidades Europeas habían aprobado tres directivas que regulaban la eliminación de los neumáticos, incluyendo restricciones en depósito en vertederos y la incineración.<sup>98</sup> Como los neumáticos recauchutados tienen una vida mucho más corta que los neumáticos nuevos, Brasil expresó su sospecha de que la

<sup>91</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contengan amianto (CE – Amianto)*, WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001.

<sup>92</sup> Barry Castleman, *Canada's Deadly Export*, WASH. POST, 19/11/2004, p. A29, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A61372-2004Nov18.html>

<sup>93</sup> *A Chronology of Minerals Development in Canada*, Recursos Naturales de Canadá, <http://www.nrcan.gc.ca/smm-mms/busi-indu/cmy-amc/arch-arch/chro-06-eng.pdf> (revisado 22/09/2011).

<sup>94</sup> OMC, DISPUTA DS135, *supra* nota 90.

<sup>95</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil - Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007

<sup>96</sup> Julia Ya Quin, *Managing Conflicts Between the Rulings of the World Trade Organization and Regional Trade Tribunals – Reflections on the Brazil – Tyres Case*, en *MAKING TRANSNATIONAL LAW WORK IN THE GLOBAL ECONOMY: ESSAYS IN HONOUR OF DETLEV VAGTS* 603 (Peter H. F. Bekker et al. eds., 2010)

<sup>97</sup> CTR FOR INT'L ENVTL LAW, *THE BRAZIL - RETREADED TIRES CASE 5* (2006), [http://www.ciel.org/Publications/Brazil\\_Tires\\_3Apr06.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Brazil_Tires_3Apr06.pdf).

<sup>98</sup> *Idem*, p.2

Unión Europea estaba tratando de resolver su problema de desechos de neumáticos a través de las exportaciones.<sup>99</sup>

Durante la disputa en la OMC, Brasil defendió sus medidas afirmando que se justificaban sobre la base del artículo XX del GATT, porque los neumáticos contaminan la tierra, el aire y el agua cuando se incineran y también porque crean un caldo de cultivo para los mosquitos del paludismo.<sup>100</sup> Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación constataron que la prohibición violaba el GATT y afirmaron, por diferentes razones, que las medidas de Brasil no cumplían con los requisitos necesarios para el uso del artículo XX.<sup>101</sup> Aunque el Órgano de Apelación constató que si bien la prohibición de las importaciones podría justificarse como "necesaria", ésta no cumplía con los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX porque la exención MERCOSUR y las importaciones de neumáticos usados permitidas por resoluciones judiciales brasileñas resultaban en una "arbitraria o injustificable discriminación".<sup>102</sup> En esencia, el Órgano de Apelación pidió a Brasil que aplicara la prohibición a los neumáticos usados provenientes de cualquier fuente extranjera; de no ser así, este país no cumpliría con las metas ambientales que habrían justificado la medida bajo el artículo XX.<sup>103</sup>

## V. Los estudios de casos de política comercial afectando a la política ambiental

### 1. EE.UU. – La enmienda a Ley Lacey

La alineación de los cuatro actores de la política comercial - Ejecutivo, Legislativo, el sector privado y el interés público- se produjo en el tema de la tala ilegal en los Estados Unidos, con la enmienda a la Ley Lacey en el 2008. La Ley Lacey fue originalmente promulgada en 1900 para evitar el comercio ilegal de vida silvestre y se modificó para incluir la importación de madera talada ilegalmente. Aunque la enmienda fue copatrocinada por dos legisladores de Oregon, el estado con mayor producción de madera en EE.UU., se convirtió en ley debido al amplio apoyo de los sindicatos de trabajadores, las organizaciones ambientales y de desarrollo, los usuarios de productos forestales, así como la industria maderera americana.<sup>104</sup> Los grupos ambientalistas apoyaban la enmienda, ya que debía conducir a la disminución de la tala ilegal y la consecuente pérdida de biodiversidad; mientras que los sindicatos y la industria maderera americana también estaban a favor porque se trataba de reducir las importaciones de madera talada ilegalmente que competía con los productos estadounidenses. Al alabar la aprobación de la modificación, la *American Forest & Paper Association* declaró que la tala ilegal le costaba a la industria de los EE.UU. aproximadamente 460 millones de dólares en pérdidas de

<sup>99</sup> *Idem*

<sup>100</sup> *Idem*, p.1

<sup>101</sup> Int'l Ctr for Trade & Sustainable Dev., *Brazil Tyres: Policy Space Confirmed under GATT Article XX*, Feb. 2008, <http://ictsd.org/i/news/bridges/3141/>

<sup>102</sup> Raj Bhala & David Gantz, *WTO Case Review 2007*, 25 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 106-08 (2008).

<sup>103</sup> Int'l Ctr for Trade & Sustainable Dev., *Litigating Environmental Protection and Public Health at the WTO: The Brazil-retreaded Tyres Case* 6 (2010), [http://ictsd.org/downloads/2010/10/case\\_brief\\_brazil\\_tyres\\_v51.pdf](http://ictsd.org/downloads/2010/10/case_brief_brazil_tyres_v51.pdf)

<sup>104</sup> Jake Schmidt, *Lacey Act: the Diverse Coalition that Supports It and Why Efforts to Weaken It Should Be Resisted*, NRDC SWITCHBOARD BLOG, 03/10/2011, [http://switchboard.nrdc.org/blogs/jschmidt/lacey\\_act\\_the\\_diverse\\_coalitie.html](http://switchboard.nrdc.org/blogs/jschmidt/lacey_act_the_diverse_coalitie.html)

exportaciones al año.<sup>105</sup> En el 2009, tanto el Sierra Club como el sindicato United Steelworkers reafirmaron su apoyo a la enmienda e instaron para que la celulosa y el papel estuvieran sujetos a los mismos requisitos que la madera bajo la nueva reglamentación para implementar las disposiciones de la Ley Lacey.<sup>106</sup>

Sin embargo, la ley recientemente ha sido objeto de escrutinio debido a las últimas investigaciones por parte de agentes federales de las importaciones de madera talada ilegalmente por Gibson Guitar.<sup>107</sup> Aunque existe cierto debate acerca de los detalles más recientes de la investigación y de si viola o no la Ley Lacey o el arancel aduanero de EE.UU.; muchas organizaciones, individuos y legisladores han reafirmado recientemente su apoyo a las disposiciones, ya que favorecen el empleo en Estados Unidos y reducen la deforestación ilegal en otros países.<sup>108</sup> Miembros de la Cámara de Representantes en Tennessee han introducido un proyecto de ley para modificar la Ley Lacey y su aplicación a fabricantes de guitarras y usuarios,<sup>109</sup> pero incluso si tienen éxito, las principales disposiciones de la ley y su aplicación a las importaciones ilegales se mantendrían debido al amplio apoyo que concitan.

## 2. Unión Europea - REACH

La norma europea sobre productos químicos es un ejemplo en el que la alineación interna se produjo después de varios años de consultas y modificaciones, pero como la política exige que las importaciones a la Unión Europea cumplan con el Reglamento sobre Registro, Evaluación y Autorización de Productos Químicos ("REACH") muchos países se han opuesto a la medida. REACH fue propuesto formalmente por la Comisión Europea en el 2001 y finalmente adoptado en el 2007, para proteger la salud humana y el medioambiente de sustancias químicas nocivas.<sup>110</sup> Hubo mucha oposición a la medida, inicialmente del sector químico en Europa, según el cual los productos químicos no planteaban problema alguno para la salud humana o el medioambiente, además de la pérdida de empleos que esta medida acarrearía.<sup>111</sup> También se presentaron estudios que

<sup>105</sup> Comunicado de Prensa, American Forest & Paper Association, *Environmental and Industry Groups Join to Commend New U.S. Ban on Illegal Wood Imports* (12/06/2008), <http://www.afandpa.org/pressreleases.aspx?id=187>

<sup>106</sup> Sierra Club & United Steelworkers, Re: Implementation of Revised Lacey Act Provisions, Docket No. APHIS-2008-0119, 02/11/2009, [http://assets.usw.org/Releases/Misc/lacey-act\\_usw-sc-docket-comments\\_110209.pdf](http://assets.usw.org/Releases/Misc/lacey-act_usw-sc-docket-comments_110209.pdf)

<sup>107</sup> David Tucker, *The Lacey Act – Protecting Forests, Wildlife & American Jobs*, DOTWILD BLOG, 21 de septiembre de 2011, <http://experts.defendersblog.org/2011/09/the-lacey-act-%E2%80%93-protecting-forests-wildlife-american-jobs/>

<sup>108</sup> Véase id; *Lacey Act Protects U.S. Jobs from Illegal Logging*, THE TENNESSEAN, 25/09/2011, <http://www.tennessean.com/article/20110925/OPINION/309250035/Lacey-Act-protects-U-S-jobs-from-illegal-logging>; *Gibson and The Lacey Act – A Game Changer in the Music Industry*, SOUND AND FAIR, 13/09/2011, <http://soundandfair.org/gibson-lacey-act-music-industry-game-changer>

<sup>109</sup> Pete Kasperowicz, *Lawmakers Look to Ease Lacey Act Regulations after Gibson Guitar Raid*, THE HILL FLOOR ACTION BLOG, 20/10/2011, <http://thehill.com/blogs/floor-action/house/188831-guitar-heros-lawmakers-look-to-ease-rules-after-gibson-guitar-raid>

<sup>110</sup> Frank Ackerman, *Does Environmental Policy Affect Trade? The Case of EU Chemicals Policy*, en HANDBOOK ON TRADE AND ENVIRONMENT 287, 288 (Kevin Gallagher ed. 2007).

<sup>111</sup> Véase, MARCO CONTIERO, GREENPEACE INTERNATIONAL, *TOXIC LOBBY: HOW THE CHEMICALS INDUSTRY IS TRYING TO DESTROY REACH* (2006), <http://www.greenpeace.org/raw/content/international/press/reports/toxic-lobby-how-the-chemical.pdf>

proyectaban que los costos de cumplimiento con la prueba de más de 30.000 sustancias químicas y la eliminación gradual de las más dañinas afectarían la prosperidad económica.<sup>112</sup> Sin embargo, los estudios demostraron que el costo para la industria europea afectada sería de menos de un dieciseisavo del 1% de los ingresos durante un período de ejecución de 11 años.<sup>113</sup> Por otra parte, la consulta pública llevada a cabo por la C.E. en el 2003 recibió más de 6.000 comentarios de las ONGs, sindicatos, la industria y los individuos, en general, a favor de los objetivos de REACH.<sup>114</sup>

EE.UU. fue enfático en su oposición a REACH desde el momento de su propuesta hasta su adopción, y la posición oficial de EE.UU. fue desarrollada en coordinación con el Consejo Americano de Química (American Chemical Council)<sup>115</sup>. En el 2006, EE.UU. convocó a una reunión de países que se oponían a REACH, entre ellos Brasil, India, Japón y México<sup>116</sup>. Los países en desarrollo de África, el Caribe y el Pacífico también expresaron su preocupación por los costos de implementación, pero un estudio reveló que muy pocos de los pequeños productores locales se verían afectados porque la mayor parte de las importaciones de productos químicos y minerales era controlada por corporaciones multinacionales.<sup>117</sup>

El *lobby* de la industria química en Europa pudo influir y debilitar la posición de la C.E. sobre el requisito de sustitución.<sup>118</sup> Al final, la industria logró una importante concesión cuando el Parlamento Europeo acordó debilitar las disposiciones que, inicialmente, habrían requerido la sustitución de 1.500 a 2.000 de los químicos más nocivos por alternativas más seguras.<sup>119</sup> Las ONGs medioambientales se vieron frustradas frente al acuerdo que autoriza a la industria a identificar si existen alternativas a estas sustancias químicas peligrosas y a seguir utilizando los productos químicos que puedan controlar adecuadamente.<sup>120</sup> La política de productos químicos fue finalmente adoptada a través de un proceso en que tanto la industria privada como las organizaciones de interés público trabajaron para influir en la dirección de REACH.

## VI. Conclusión

Las políticas comerciales y medioambientales se alinean con más frecuencia en los países desarrollados. Una explicación para ello es que ambas son concebidas con la

---

<sup>112</sup> Ackerman, *supra* nota 109.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 288-89

<sup>114</sup> Comisión Europea, Documento de Trabajo, Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al registro, evaluación, autorización y la restricción de las sustancias químicas (REACH), que crea la Agencia Europea de Productos Químicos y modifica la Directiva 1999/45/CE y el Reglamento (CE) sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Evaluación de Impacto Ampliada, p. 31-32.

<sup>115</sup> Comunicado de Prensa, American Forest & Paper Association, Environmental and Industry Groups Join to Commend New U.S. Ban on Illegal Wood Imports (12/06/2008), <http://www.afandpa.org/pressreleases.aspx?id=187>

<sup>116</sup> Mark Beunderman, *EU Chemicals Bill Under Fire from US-led Coalition*, EUOBSERVER.COM, 09/06/2006, <http://euobserver.com/19/21813>

<sup>117</sup> Véase, Frank Ackerman, *Implications of REACH for Developing Countries*, 18 EUR. ENV'T 16-29 (2008).

<sup>118</sup> Contiero, *supra* note 110, p.12

<sup>119</sup> Tobias Buck, *EU Secures Compromise Deal on New Chemicals Law*, FIN. TIMES, 01/12/2006, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/66a51f22-8163-11db-864e-0000779e2340.html#axzz1Ya1JUgmp>

<sup>120</sup> *Idem*

influencia y los aportes de los actores principales: el Legislativo, el Poder Ejecutivo, el sector privado y el interés público. Pero este no es siempre el caso. Mientras que China rara vez ha sido el conductor de la protección del medioambiente en la escena internacional, EE.UU. también ha mostrado su reticencia a comprometerse con los acuerdos ambientales, donde prevalece la percepción de que los intereses económicos superan a los del medioambiente, lo que es particularmente evidente en materia de cambio climático. El cambio climático representa tal vez el mayor desafío y ha habido poco progreso hacia un acuerdo multilateral. Mientras Europa sigue adelante con la reducción de emisiones y el mercado de cambio de créditos de carbono más desarrollado, el resto del mundo protesta frente a la perspectiva de tener que cumplir con las regulaciones aplicables a la aviación. Como se señaló en la Sección IV, la disposición que aplica las ETS a todas las compañías aéreas que operan en Europa, incluso a las procedentes de terceros países, se ha encontrado con la firme oposición de China y EE.UU. Además de los pasos anteriormente indicados, los republicanos en el Congreso de este último país han presentado un proyecto de ley que prohibiría a las aeronaves civiles estadounidenses participar en el EU-ETS bajo el argumento de que el requerimiento de la Unión Europea viola el derecho internacional.<sup>121</sup>

La Tabla 1 hace un resumen de las principales políticas ambientales y de las situaciones en que hubo o no hubo alineación de intereses. Se observa, en primer lugar, que el alineamiento al nivel nacional es más frecuente que al nivel internacional. Esto se puede explicar por la realización de que sin alineamiento de los principales actores no hay como implementarse una política nacional. Al nivel internacional, por otro lado, se observa des-alineamiento con más frecuencia, lo que refleja el conflicto entre las políticas nacionales de unos países con los demás. Por otro lado, el des-alineamiento de algunos países al nivel internacional, disminuye la representatividad pero no impide la implementación de la política internacional.

Tabla 1

<b>Preocupación medioambiental</b>	<b>Política/Tratado</b>	<b>Países</b>	<b>Actores</b>	<b>Alineamiento</b>
Varias	Dispositivos en acuerdos comerciales	EE.UU. Unión Europea	Todos Todos	Sí Sí
Cambio climático	UNFCCC	Todos	EE.UU	No
Cambio climático	EU Emissions Trading Scheme	Unión Europea EE.UU. China	Todos Sector Privado Gobierno	Sí No No
Extinción de especies marinas	CITES	EE.UU. Unión Europea China Japón	Todos  Gobierno Sector privado	Sí  No No

<sup>121</sup> Ley de prohibición del régimen de comercio de emisiones de la Unión Europea de 2011, HR 2594, 112 ° Cong. (2011)

Tala ilegal	Lacey Act	EE.UU.	todos	Sí
Químicos	E.U. REACH	Unión Europea EE.UU.	Todos Sector Privado	Sí No

Otro programa nacional destinado a reducir las emisiones de carbono, el sistema canadiense de *feed-in* para energías renovables, también está siendo impugnado en la escena internacional. Si bien muchos países tienen programas similares para alentar al sector privado y a los particulares a invertir en la generación de energías renovables mediante el pago de un precio mayor que para la generación tradicional, el reclamo de Japón contra el programa de Canadá ha dado lugar a la reciente formación del primer Grupo Especial de la OMC en subsidios a las energías renovables.<sup>122</sup> Estos son sólo dos de los conflictos que se asoman entre los objetivos de los países en materia de políticas comerciales y ambientales.

Mientras que las preocupaciones sobre el cambio climático están creciendo, también crecen las crisis financieras globales y otros problemas económicos importantes para los países. Para lograr algún progreso en abordar los problemas ambientales que amenazan la existencia de la humanidad, los países deben encontrar una manera de alinear la política comercial y la protección del medio ambiente. En los EE.UU. el sector privado es el más resistente a políticas ambientales, por razones económicas, y el más influyente, o sea, si no hay apoyo de éste, no hay resultados. En la Unión Europea el interés público tiene más influencia en los temas ambientales, mientras que el sector privado tiene más influencia en la política comercial. En China el Comité Permanente del Politburó decide. En esta situación, el mejor camino para una solución parece ser el de convencer a los principales actores a nivel nacional de la necesidad de alineamiento y buscar con ellos un denominador común que se pueda explorar, incluso al nivel internacional, con el objetivo final de formulación de políticas ambientales/comerciales que atiendan la mayoría de los intereses.

---

<sup>122</sup> *Canadá - Ciertas medidas que afectan al sector de Generación de Energía Renovable*, DS412, [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds412\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds412_s.htm). Nota del Editor: el 2 de marzo de 2012, el Presidente del Grupo Especial informó al Órgano de Solución de Diferencias que el informe del Grupo Especial sobre esta diferencia no estaría listo sino hasta noviembre de 2012.

## COMENTARIOS AL ARTÍCULO “POLÍTICAS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE: EN BUSCA DE UN ALINEAMIENTO” DE ALUISIO DE LIMA-CAMPOS

*Dorotea López\**

Hay conceptos de evidente definición y otros que como resultado de su propio dinamismo permanentemente están en proceso de construcción, este último es el caso de la relación de los conceptos comerciales y medios ambientales, y sus entrecruzamientos.

El trabajo de Aluisio de Lima-Campos identifica con gran nitidez un tema clave, que es la relación entre los sistemas institucionales capaces de recoger en forma equilibrada las aspiraciones e intereses de los actores, por una parte, y por otro lado las políticas alineadas con aspectos ambientales.

El texto identifica los principales actores y procesos que afectan a la formulación de la política comercial llevando de la mano al lector para que pueda entender la inserción de esta formulación en el modelo de doble nivel de Putnam y sus transformaciones. Deja claro como los sectores privados cada vez más van influenciando las arenas públicas de sus países de origen, así como de otros países en los cuales tienen intereses de por medio. Así, el texto identifica al sector privado como una estructura cada vez más eficiente, participativa y organizada.

Como el mismo autor lo dice, no es un trabajo que recopile de forma exhaustiva los aspectos medioambientales y de política comercial, pero sí deja de manera traslúcida el panorama de complejidad no solamente de esta relación, sino que también diagnostica cómo será abordado y cómo se desarrollarán en un futuro las participaciones de los actores en la arena pública. En particular en un tema donde cada vez más los distintos intereses sectoriales, políticos e individuales se ven confrontados y presentan una alternativa estratégica.

Los estudios de caso que se presentan son completos y en el camino identifican a los actores clave en el marco de generación de políticas comerciales. De esta forma, el texto nos otorga nuevos enfoques para abordar, por ejemplo, las temáticas relativas a productos químicos y tala ilegal. Igualmente, este trabajo nos recuerda que, el análisis de las relaciones de política comercial y política ambiental, jamás será integral si no tomamos en cuenta los factores institucionales y de gobierno.

La tinta de Aluisio de Lima-Campos nos permite extraer algunas conclusiones sobre las relaciones de la política comercial y la política ambiental. Por un lado, estamos frente a una relación de reciente constitución, sabemos que ninguno de los temas es nuevo, sin embargo

---

\* Profesora en el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, y Titular de la Cátedra OMC Chile.

los impactos de su vinculación sí lo son. Por esta razón, existe muy poca información para evaluar la efectividad de la inclusión de temas ambientales dentro de políticas comerciales. Sin embargo, el texto no solo logra reflejar cuestiones actuales, como las responsabilidades históricas asimétricas, niveles de desarrollo y otros conflictos; sino que también anticipa ya algunos elementos de complejidad para el futuro, como por ejemplo, la valoración de la biodiversidad y de la explotación de recursos naturales enfrentados a las políticas de desarrollo comerciales, proteccionismo ecológico, impuestos verdes, el etiquetado, la huella de carbono; todos estos temas que se encuentran actualmente en un entorno de incertidumbre.

Lo que es evidente es que existe una “irrupción sin retorno” de los temas medioambientales en los asuntos comerciales, y como lo ha dicho ya Pascal Lamy, Director General de la OMC, no abordar esta relación solo lograría elevar la tensión en las relaciones económicas internacionales. Esto no supone que se deban definir estrategias ambientales en marcos comerciales o viceversa, pero sí supone no evadir la inextricable vinculación existente.

Finalmente, el texto aborda la forma en que los tratados de libre comercio han enfrentado las cuestiones medio ambientales y cómo aparentemente lo seguirán haciendo. Un claro ejemplo para el futuro será el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés).

El debate entonces, no gira primordialmente en torno a las políticas del comercio, sino respecto a la definición de políticas ambientales; lo que puede repercutir en una nueva geografía de las relaciones económicas de los países. La manera en que cada país pueda articular dichas políticas queda aún por definirse, aunque ya hay bastantes ejemplos y esbozos de esta tendencia.

De la misma forma, existe la posibilidad de pensar nuevamente, cómo el sistema multilateral de comercio podría capitalizar algunos de los profundos cuestionamientos que se le han hecho respecto a no considerar debidamente otros temas no comerciales. Sin embargo, también hay voces que señalan que el sistema multilateral de comercio efectivamente ha prestado la debida atención a otros temas no comerciales, incluido la protección del medio ambiente. En este orden de ideas, la pregunta que parece quedar sobre la mesa es ¿cómo y hasta qué grado el sistema multilateral de comercio puede hacer un mayor esfuerzo para tomar en consideración las nuevas inquietudes ambientales, la mayoría de las cuales no existían cuando surgió el GATT en 1947?

Lo cierto es que el consenso a la liberación del capital y el comercio no es el mismo consenso que existía hace unos años: ¿Cómo podemos capitalizar la agenda verde dentro de los aspectos comerciales? ¿Cómo debemos responder los países en desarrollo a las nuevas actitudes del sector privado, que han ido incorporando de forma individual, es decir, cada empresa caso por caso, las temáticas medioambientales? ¿Cómo debemos responder los países en desarrollo a las nuevas actitudes del consumidor?

El texto es sin duda un aporte al debate con una visión multidisciplinaria y desde distintos enfoques de cómo se construye y evoluciona la relación entre la política comercial y los aspectos medioambientales.



## SUBVENCIONES Y MEDIO AMBIENTE

*Pablo Klein\**

*Resumen:* En este trabajo se analiza la relación entre las subvenciones y el medio ambiente. Primeramente, se examina el impacto de diferentes tipos de subvenciones en el medio ambiente. En una segunda parte, se examinan las reglas internacionales que rigen las subvenciones en la Organización Mundial del Comercio (OMC) así como las posibles futuras reglas que están siendo negociadas y su relación con las consideraciones medioambientales. Se menciona la controversia vigente entre Japón y Canadá, que implica que los órganos adjudicativos de la OMC se pronunciarán por primera vez sobre el asunto de si el artículo XX del GATT puede invocarse en el contexto de una subvención, y si hay forma de justificar un requerimiento de contenido doméstico bajo esa disposición. Como las tecnologías verdes se han convertido en un campo de batalla entre países que buscan posicionarse como líderes, en el futuro veremos más subvenciones y otras medidas proteccionistas ser objeto de disputas ante la OMC.

*Palabras clave:* Subvenciones, subsidios, medio ambiente, Acuerdo SMC, OMC, subvenciones verdes, artículo XX del GATT, ronda de Doha, solución de diferencias.

*Abstract:* This paper analyzes the relationship between subsidies and the environment. Firstly, we examine the impact that different types of subsidies can have on the environment. Secondly, we examine the international rules on subsidies in the World Trade Organization (WTO), as well as possible future rules being negotiated and their relation with environmental considerations. In particular, we mention the current dispute between Japan and Canada, where the WTO adjudicative bodies will for the first time rule on the issue of whether GATT Article XX can be invoked in the context of a subsidy, and, especially if there is a way to justify a domestic content requirement under that provision. As green technologies have become a battleground between countries seeking position of leadership, we will see more subsidies and other protectionist measures brought to the WTO's dispute settlement in the future.

*Keywords:* Subsidies, environment, SCM Agreement, WTO, green subsidies, GATT Article XX, Doha round, dispute settlement.

---

\* Pablo Klein es licenciado en economía por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y doctor en economía por la Universidad de California, Berkeley. Ha desempeñado varios cargos en la Secretaría de Economía, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco de México; también fue profesor en el ITAM y la Universidad Anáhuac. Entre 2003 y 2009, Pablo Klein fue delegado de México ante la OMC a cargo de temas clave de las negociaciones de ronda de Doha. Entre abril de 2007 y abril de 2008 presidió el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, periodo en el cual se acordaron decisiones sobre subsidios a la exportación en países en desarrollo y sobre las designaciones de los integrantes del Grupo Permanente de Expertos en materia de subvenciones. Actualmente, Pablo Klein es consultor independiente en antidumping y subvenciones e investigador asociado al Centro de Derecho Económico Internacional del ITAM.

## I. Introducción

En este trabajo se analiza la relación entre las subvenciones y el medio ambiente. Primeramente, se examina el impacto de diferentes tipos de subvenciones en el medio ambiente. En una segunda parte, se examinan las reglas internacionales que rigen las subvenciones en la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como las posibles futuras reglas que están siendo negociadas y su relación con las consideraciones medioambientales. Se menciona la controversia vigente entre Japón y Canadá, que implica que los órganos adjudicativos de la OMC se pronunciarán por primera vez sobre el asunto de si el artículo XX del GATT puede invocarse en el contexto de una subvención y si hay forma de justificar un requerimiento de contenido doméstico bajo esa disposición. Como las tecnologías verdes se han convertido en un campo de batalla entre países que buscan posicionarse como líderes, en el futuro veremos más subvenciones y otras medidas proteccionistas ser objeto de disputas ante la OMC.

## II. Impacto de las subvenciones en el medio ambiente

### 1. Subvenciones perjudiciales al medio ambiente

La OCDE define las subvenciones perjudiciales al medio ambiente como “todo tipo de apoyo financiero y regulación implementados con el objetivo de mejorar la competitividad de ciertos productos, procesos o regiones y que, conjuntamente con el régimen impositivo prevaleciente, discriminan en contra de las buenas prácticas ambientales”.

El PNUMA ha estimado que las subvenciones perjudiciales al medio ambiente se elevan a un monto entre 500 mil millones y 1.5 billones de dólares. (PNUMA, 2004)

La Unión Europea ha desarrollado herramientas para identificar las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente. Valsecchi, et al. (2009) proponen una herramienta integrada para establecer una lista de subvenciones prioritarias para su eliminación o reforma:

- Delimitar la lista de subvenciones que *a priori* parecen tener un impacto importante en el medio ambiente y cuya reforma es políticamente factible.
- Determinar si la eliminación de la subvención traería beneficios al medio ambiente, basado en el monto de la subvención y las distorsiones que ésta causa.
- Analizar si la subvención logra los distintos objetivos económicos y sociales para los cuales fue creada.
- Analizar las opciones de reforma existentes.

### 2. Ejemplos de subvenciones en sectores ambientalmente sensibles

#### A. Agricultura:

En general, entre mayor el incentivo para aumentar la producción mayor la presión sobre el medio ambiente, con mayor intensificación, tendencia hacia la monocultura e invasión de tierras marginales. Algunas restricciones adicionales para otorgar el apoyo pueden mitigar sus efectos, por ejemplo requerir el cumplimiento de mejores prácticas y regulaciones ambientales. En 2005, un estudio de la OCDE encontró que en promedio un tercio del ingreso de los agricultores proviene de subvenciones, y únicamente 4% de éstas serían ecológicamente sostenibles. (OCDE, 2005)

**B. Pesca:**

El problema de la pesca reside en que hay demasiado capital y mano de obra dedicados al sector, y las subvenciones actuales sólo agravan la situación. Las medidas de mitigación requieren limitar las flotas e implementar sistemas efectivos de ordenamiento pesquero. Ejemplos de estas subvenciones son los apoyos a la construcción y mantenimiento de barcos, y el diesel subvencionado que se destina a este sector, como es el caso en México.

**C. Energía:**

Históricamente los gobiernos han subvencionado energías sucias para lograr la soberanía energética y buscar objetivos sociales y económicos. En particular, cabe mencionar:

- Las subvenciones a la extracción y el uso de carbón.
- Las subvenciones que promueven el consumo excesivo de combustibles fósiles y reducen el atractivo económico de las energías renovables.
- Las subvenciones a los biocombustibles, entre cuyos objetivos está reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>. Estas pueden sin embargo tener otros efectos como el desvío de suelos más aptos para otros fines o el uso excesivo de agua.
- Las subvenciones a la energía nuclear. La energía nuclear permite eliminar las emisiones de CO<sub>2</sub> pero tiene importantes riesgos cuyo costo no está totalmente absorbido por los inversionistas, como se ha visto en Japón. Por ejemplo, en Estados Unidos hay un tope máximo de 10 mil millones de dólares a la responsabilidad privada en caso de un accidente. Esto constituye una subvención, ya que el gobierno tendría que cubrir la diferencia en el caso probable en el cual los costos excedan el tope. (Koplow, 2011)

**D. Industrias:**

Los apoyos indirectos a través de compras gubernamentales, contratos de Investigación y Desarrollo (I+D) o provisión de I+D a través de instituciones intermedias son más importantes que los apoyos directos, pero son difíciles de medir, principalmente por la tendencia de formular los programas de apoyo de forma horizontal (*i.e.* para todas las PYMES, para una región geográfica, etc.)

**E. Transporte:**

- Terrestre. En muchos de los países, las cuotas por uso de carreteras cubren únicamente los costos de proveer y mantener infraestructura. En algunos casos las cuotas incluyen los costos sociales promedio, pero no el costo marginal, que es el costo adicional que cada usuario le impone a los demás a través de mayor congestión y contaminación. Este costo marginal varía constantemente según la hora y el día, lo más parecido a ello es la cuota de congestión que cobran algunas ciudades como Londres a quienes transitan por su centro.
- Aéreo y marítimo. El transporte internacional marítimo y aéreo no está cubierto en los objetivos del protocolo de Kyoto. En especial, las emisiones de CO<sub>2</sub> de los aviones de línea son más o menos equivalentes por kilómetro-pasajero a un automóvil que circula únicamente con el conductor, pero sus efectos en el clima tienden a empeorar con la altitud. La Unión Europea ha decidido incorporar al

transporte aéreo internacional en su esquema de comercialización de emisiones (ETS), lo cual está siendo cuestionado por las compañías aéreas.

#### **F. Agua:**

Las subvenciones para los usuarios de agua, especialmente industriales y agrícolas, tienen efectos perversos en el medio ambiente. Un estudio encontró que en la mayoría de los países los agricultores pagan menos del 20% del costo real del agua y que en ningún caso se les ha cobrado por el costo de la infraestructura de las obras de agua (Mona Sur & Umali-Deininger, 2002). También hay subvenciones que tienen efectos indirectos sobre los recursos hídricos, como por ejemplo las subvenciones agrícolas que estimulan la producción de cultivos demasiado intensivos en riego o la energía eléctrica subvencionada que tiene la consecuencia de hacer más atractivo el bombeo de mantos subterráneos en lugar del agua de superficie, sin hablar de los subsidios al uso de fertilizantes y pesticidas que contaminan los mantos acuíferos.

### **3. Subvenciones favorables al medio ambiente**

#### **A. Subvenciones para el desarrollo de tecnologías verdes.**

- Varios países le han apostado fuertemente al desarrollo de las tecnologías ambientales y han subvencionado este sector, con el fin de lograr una posición de liderazgo. Este es el caso de EUA, Canadá, Japón y varios países europeos como Dinamarca, España, Alemania, pero también de China e India, que consideran al sector como estratégico, y cuyos apoyos a los fabricantes de tecnologías eólicas y solares han logrado un crecimiento muy alto pero también han causado fricciones comerciales.
- Los apoyos de China se dan en el marco de su doceavo plan quinquenal, el cual incluye el objetivo de imponer un precio a las emisiones de gases de efecto invernadero. Este es un paso muy importante tratándose de un país en desarrollo que hasta entonces se ha resistido a las presiones de los países industrializados para implementar medidas ambientales. Hoy en día China es el mayor emisor de gases de efecto invernadero del mundo, porque el carbón sigue supliendo el 70% de sus necesidades energéticas. Ese atraso es precisamente la razón principal por la cual invertir en las tecnologías ambientales en China traerá mucho mayores beneficios que en otros países. Sin contar el efecto dominó que podría tener China para que otros países en vías de desarrollo sigan su ejemplo.
- Resulta paradójico que, al mismo tiempo que EUA ha presionado a China para que adopte esquemas de limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero y regulaciones ambientales, también ha impugnado sus subvenciones para desarrollar tecnologías verdes. Pero se puede entender por la fuerte competencia internacional por el liderazgo en el sector y el papel que éste tiene en la estrategia de recuperación económica de la administración Obama, que busca vincular las medidas de mitigación ambiental con los “empleos verdes”. Por ejemplo, si la industria ha de adoptar tecnologías solares, que esto se haga preferiblemente con paneles fotovoltaicos fabricados en Estados Unidos en lugar de los importados.
- Los productores Chinos de paneles solares, que en 1997 representaban el 3% del mercado mundial, en 2001 lograron abarcar el 54% del mercado mundial. En China,

la generación de energía eléctrica a partir de viento ha aumentado 40 veces entre 2000 y 2010, pero sigue representando menos del 1% del total.

**B. Subvenciones para la adopción de tecnologías verdes.**

- Los países subvencionan las fuentes de energía renovable debido a que éstas requieren una mayor inversión por unidad de energía producida que las energías fósiles. Por ejemplo, en EUA, las subvenciones federales al carbón cuestan 44 centavos de dólar por MWh mientras que para la energía eólica el costo es de \$23.37 por MWh. Pero algunos factores podrían reducir las desventajas de las energías renovables:
  - Las medidas vigentes y proyectadas para internalizar los costos sociales de las energías no renovables, como los impuestos al carbono y los aranceles carbono, harían más atractivas las energías renovables.
  - La eliminación de las subvenciones a los combustibles fósiles revertirá la ventaja acumulada por estas fuentes de energía a través de muchas décadas de recibir generosas subvenciones.
  - Los avances tecnológicos seguirán abaratando las tecnologías verdes.
- Las subvenciones a las energías renovables continúan siendo significativamente menores a las subvenciones a las energías fósiles y a la energía nuclear en EUA. En 2002-2008 las subvenciones a combustibles fósiles fueron 72 mil millones de dólares, especialmente al petróleo y al gas. Las energías renovables recibieron 29 mil millones de dólares durante ese mismo periodo, de los cuales 16.8 se destinaron al etanol de maíz. Sólo 12.2 mil millones de dólares del total se destinaron a las demás energías renovables. (Slavin, 2009)
- Algunas subvenciones ambientales han sido objeto de reducciones recientes, debido a las fuertes presiones presupuestales que ha causado la crisis. Es particularmente el caso reciente en el Reino Unido, donde se redujeron las tarifas de alimentación (FIT, por sus siglas en inglés) para los pequeños usuarios de paneles solares ya que los usuarios de electricidad se quejaron por el costo adicional en sus facturas derivado de este esquema. También se eliminaron las subvenciones a la generación de energía por biogás derivado de los rellenos sanitarios aunque otras formas de energía como la eólica y la mareomotriz continúan siendo apoyadas. Alemania ha cortado recientemente los fondos para el desarrollo de tecnología fotovoltaica, sector en el que tiene una fuerte presencia.
- Algunas de las herramientas usadas para promover la adopción de tecnologías verdes son:
  - Estímulos fiscales a la industria.
  - *Feed-in-Tariffs* o tarifas de alimentación (conocidas como “porcentaje” en México), son las tarifas a las cuales las compañías eléctricas compran la energía a los proveedores de fuentes renovables, sobre todo eólicas y solares. Estas tarifas usualmente son más altas que las tarifas eléctricas que la compañía cobra a los privados. El subsidio puede ser un apoyo directo del gobierno o un subsidio cruzado que se financia a través de una sobrecarga en las tarifas eléctricas.
  - “*Cash for Clunkers*”, según Huang (2010), los programas de chatarrización en EUA fueron extremadamente exitosos, ofreciendo

mayores bonificaciones para los vehículos más económicos, lo cual resultó incidentalmente en que un número importante de beneficiarios optaron por comprar vehículos amigables para el medio ambiente.

- Incentivos al uso de biocombustibles en el transporte terrestre y en la aviación
- Apoyos al transporte público en particular utilizando tecnologías verdes.
- Algunos ejemplos de subvenciones (negativas y positivas) en México
  - El bajo precio de la gasolina en México resultado de las subvenciones que se otorgan a través de PEMEX, ha inducido una recomposición de la demanda de automóviles hacia vehículos de mayor consumo de combustible. Ello hace necesario alinear los precios locales a los internacionales y deseable gravar las gasolinas y el diesel a un nivel que refleje sus costos sociales. Aunque el gobierno ha reducido gradualmente la subvención, con aumentos acumulados de 17% desde diciembre de 2009, la gasolina sigue siendo 35% más barata que en Estados Unidos.
  - Otros ejemplos de subvenciones a los combustibles fósiles son los programas de diesel agropecuario (8,823 millones de pesos entre 2003-2009), diesel marino (3,608 millones de pesos entre 2005-2009) y gasolina ribereña (445 millones de pesos entre 2005-2009) de la SAGARPA, estos representan \$2 por litro, cerca del 20% del precio.
  - En 2009 se implementó el Programa de Renovación Vehicular o “chatarización”, que no funcionó como se esperaba; fueron eliminadas menos de la mitad de las 33,000 unidades proyectadas con un presupuesto de 250 millones de pesos.
  - En abril de 2010 se publicaron los contratos de interconexión para fuente de energía renovable que facilitarán al cogeneración para autoabastecimiento en las empresas y la posibilidad de vender excedentes a CFE en modalidad de “porteo”. En 2008, los titulares de permisos para cogeneración representaron el 0.42% del total de México, principalmente a través de biomasa y biogás y en menor medida pequeñas hidroeléctricas.
  - El Programa para la Promoción de Calentadores Solares de Agua (CONAE) iniciado en 2007, con la meta (que se ha cumplido en buena medida) de incrementar diez veces la capacidad instalada residencial e industrial, a través de incentivos fiscales para las empresas y facilidades de crédito a la construcción de viviendas.
  - En México, los contribuyentes que inviertan en maquinaria y equipo para la generación de energía proveniente de fuentes renovables pueden deducir 100% de la inversión en un solo ejercicio.

#### **4. Magnitud de las subvenciones**

Metodologías para medir subvenciones (Barde & Honkatukia, 2003):

- Apoyos agregados: Este indicador captura transferencias presupuestales, es especialmente útil cuando no se afectan los precios. Requiere de información detallada de cada programa.

- Brecha de precios (*price gap*): Este enfoque mide la diferencia entre el precio que resulta de la subvención y un nivel de referencia que puede ser el precio internacional o el que habría en un mercado sin intervenir. Requiere muy pocos datos, pero depende mucho del precio de referencia que se utilice. Se utiliza frecuentemente para medir subvenciones al consumo.
- Brecha en la renta de un recurso. Sirve para estimar subvenciones que resultan de la subvaloración de un recurso, es la diferencia entre el precio que paga el agente económico que explota el recurso y la renta que obtiene por ello (por ejemplo concesiones forestales). La información requerida no siempre está disponible.
- Costo marginal social. Diferencia entre el precio y el costo marginal social estimado (ejemplo costo de la gasolina). Esta metodología es intensiva en datos y análisis.
- Apoyo al productor o al consumidor. Agrega las transferencias presupuestales y los apoyos en los precios. Se usa más en las subvenciones agrícolas.

### 5. Algunos Datos:

- Subvenciones dañinas al medio ambiente. En 2005, más de la mitad de las subvenciones otorgadas tenían un impacto negativo en el medio ambiente:

Miles de millones de dólares	Subvenciones totales	Subvenciones dañinas al medio ambiente
Agricultura	376	207
Energía	85-244	64-216
Transporte por Carretera	225-300	110-150
Agua	69	50
Forestal	35	35
Pesca	20	19
<b>Total</b>	<b>810 - 1,044</b>	<b>485 - 677</b>

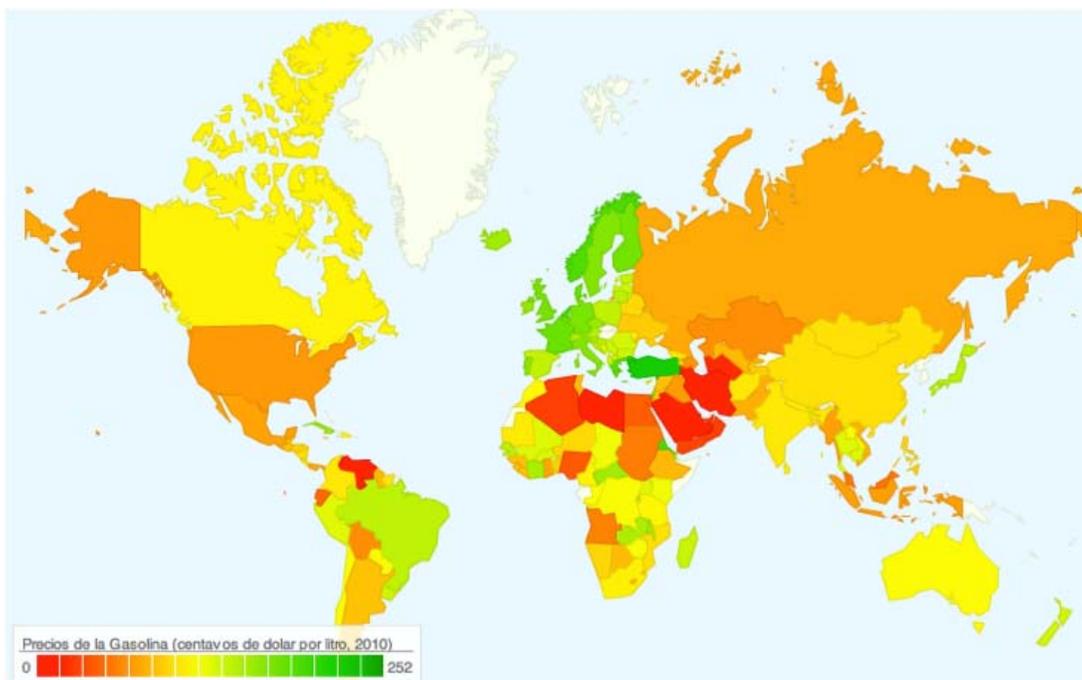
Fuente: (Kjellingbro & Skotte, 2005)

- Precios de la gasolina:
  - Algunos ejemplos del mapa (ver abajo):

País	Precio de la Gasolina (centavos de dólar por litro, 2010)
Noruega	212
Francia	198
Reino Unido	192
Islandia	171
Japón	160
<b>Brasil</b>	<b>158</b>
<b>Perú</b>	<b>141</b>
<b>Chile</b>	<b>138</b>

India	115
China	111
<b>Argentina</b>	<b>96</b>
Rusia	84
<b>México</b>	<b>81</b>
Estados Unidos de América	76
<b>Ecuador</b>	<b>53</b>
Arabia Saudita	16
<b>Venezuela</b>	<b>2.3</b>

Mapa 1: Precios de la gasolina



Fuente: Sociedad Alemana para la Cooperación Internacional (GIZ), International Fuel Prices 2011 ([www.gtz.de/fuelprices](http://www.gtz.de/fuelprices))

### III. Las subvenciones y la OMC

#### 1. Capítulo XX del GATT

- El artículo XX del GATT permite a los Miembros de la OMC implementar, entre otras medidas, aquellas:
  - b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
  - g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional;
- Lo anterior deja abierta la posibilidad de implementar medidas que de otra forma serían inconsistentes con el GATT y los demás acuerdos de la OMC. Para que una

medida esté cubierta por las excepciones no debe ser más restrictiva al comercio de lo necesario y no debe aplicarse de forma “injustificadamente discriminatoria”.

- El artículo XX no ha sido examinado en casos de subvenciones, pero la reciente disputa de EUA contra China por los apoyos a su industria de turbinas de viento hubiera sido la primera vez, de no haber China acordado eliminar las subvenciones en la fase de consultas.
- De acuerdo con el profesor de derecho de NYU, Robert House, no está claro que el artículo XX del GATT pueda ser invocado en el contexto de las subvenciones, ya que no existe una disposición similar a este artículo en el Acuerdo de Subvenciones y Medias Compensatorias (ASMC). Aunque se aplicara, no está claro que esto implique que los Miembros no puedan usar las disposiciones del ASMC contra las subvenciones que distorsionan el comercio. Por otro lado, aunque se pudiera justificar bajo dicho artículo una subvención para desarrollar una industria verde, el país cuyo programa fuera cuestionado tendría que demostrar por qué son necesarios los elementos de dicho programa que lo convierten en una subvención prohibida o recurrible bajo el ASMC, como por ejemplo que sea necesario exportar para recibir el apoyo, o requerimientos de contenido doméstico, o un monto de apoyo tal que se incremente mucho la participación del país otorgante en los mercados mundiales. Deberá también justificar que no existe otra alternativa menos perjudicial al comercio que cumpla con el objetivo buscado.

## 2. *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC)*

- La definición legal de subvención en el ASMC incluye (entre otros) las transferencias directas como los préstamos, las ventajas fiscales, la oferta directa de bienes o la prestación de servicios por parte del gobierno, la compra de bienes por el gobierno y los apoyos indirectos otorgados a través de entidades privadas.
- Los programas de los tipos descritos, que otorguen un beneficio se consideran como subvenciones, pero para ser sujetas a las disciplinas del Acuerdo, éstas deben ser además específicas. La especificidad implica que la subvención debe otorgarse a ciertas empresas o a ciertas industrias o a cierta región geográfica.
- Las subvenciones que cumplan con las condiciones anteriores se pueden clasificar en tres categorías, según el nivel de las disciplinas que se les aplican:
  - Subvenciones prohibidas: Las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados están prohibidas por el ASMC. Estas subvenciones siempre se consideran específicas y no se requiere demostrar que causan efectos desfavorables.
  - Subvenciones recurribles: Todas las demás. Un Miembro puede tomar medidas en contra de estas subvenciones solamente si demuestra que estas causan efectos desfavorables<sup>1</sup>. Las acciones que puede tomar un Miembro incluyen la impugnación bajo el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) y la imposición de derechos compensatorios a las importaciones de productos subvencionados.

---

<sup>1</sup> Los *efectos desfavorables* incluyen el daño a la industria doméstica, el perjuicio grave a los intereses exportadores de un Miembro y la anulación o menoscabo de sus beneficios bajo el GATT 1994.

- Subvenciones no-recurribles: Esta categoría de subvenciones “verdes” expiró el primero de enero del 2002<sup>2</sup>. Estas subvenciones, que no podían ser impugnadas ni sujetas a cuotas compensatorias, incluían apoyos a actividades de investigación, apoyos a ciertas regiones geográficas en desventaja y apoyos para que las empresas adapten sus instalaciones a los requerimientos ambientales. Los requerimientos para invocar esta categoría eran muy extensos y en la práctica no fue utilizada. Por otro lado, las subvenciones ambientales que estaban al amparo de la categoría verde eran en casos muy específicos, aunque esta disposición sentó un precedente al reconocer a los programas con objetivos ambientales como un tipo más benigno de subvención.
- Desde el inicio de la OMC, el ASMC ha sido uno de los acuerdos más contenciosos, ubicándose en tercer lugar después del propio GATT y del Acuerdo de Antidumping por el número de veces que han invocado en procedimientos de solución de diferencias
- A diferencia del uso de solución de diferencias, el recurso por los Miembros a los derechos compensatorios ha sido muy limitado, especialmente si se le compara con el recurso a los derechos antidumping. Esto se debe en parte a que los requerimientos del ASMC son más onerosos que los del Acuerdo Antidumping, a la falta de transparencia general sobre subvenciones, y al hecho de que muchas veces se puede llevar a bien una investigación antidumping cuando la fuente de la distorsión fue en realidad una subvención. También hay consideraciones políticas que dificultan que los países ataquen programas de otros Miembros (a menudo similares a los propios) que no aplican en una investigación por dumping contra una empresa.
- Si continúa la tendencia actual de utilizar subvenciones para buscar fines ambientales, pero también vinculados a promover “empleos verdes” es posible que en el futuro veamos un aumento de las disputas sobre subvenciones y tal vez también un mayor uso de las cuotas compensatorias.

### 3. *El Acuerdo sobre la Agricultura*

- El Acuerdo sobre la Agricultura está organizado en tres pilares:
  - Apoyo Doméstico: Las medidas de apoyo doméstico o subvenciones se clasifican en tres categorías: la “caja verde”, la “caja ámbar” y la “caja azul”. La primera contiene pagos fijos a los productores con fines ambientales, siempre y cuando dichos pagos sean “desvinculados” de los niveles de producción. La segunda contiene subvenciones que los gobiernos acordaron reducir pero no eliminar. La tercera contiene subvenciones que pueden ser incrementadas sin límites siempre y cuando los pagos estén vinculados a programas de limitación de la producción. Los programas mantenidos bajo este pilar han sido muy

---

<sup>2</sup> Esta fecha de expiración resultó de un enfrentamiento entre Estados Unidos y la Unión Europea. Estados Unidos quería disciplinas más estrictas para ciertas subvenciones recurribles, llamadas “ámbar oscuro” mientras que la Unión Europea se oponía e insistía en mantener una categoría verde. El resultado fue que ambas disposiciones entraron en el Acuerdo con una fecha de expiración, para ser renegociadas en una fecha futura. En 2000 no fue posible alcanzar un acuerdo para mantener ninguna de las dos disposiciones.

cuestionados, principalmente la Política Agrícola Común (PAC) de la Unión Europea y los “*farm bills*” de EUA, que han tendido a beneficiar agricultores relativamente ricos, inundando los mercados mundiales con productos baratos que deprimen los ingresos de los agricultores en los países en desarrollo.

- Acceso a Mercados.
- Subvenciones a la Exportación. Estas tuvieron que reducirse 36% para los países desarrollados y 14% para los países en desarrollo y están sujetas a topes establecidos.

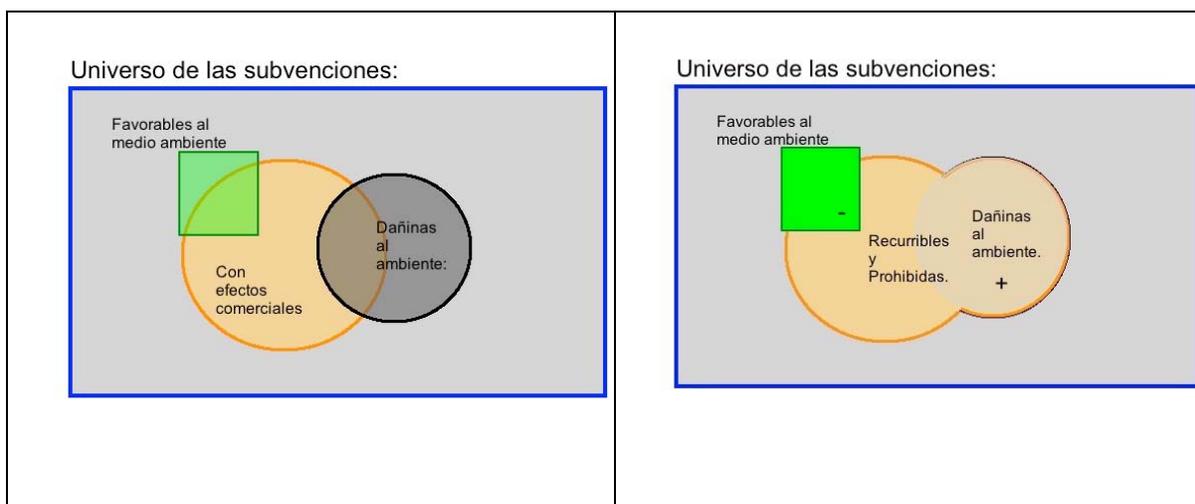
#### 4. *Solución de diferencias:*

- En las dos controversias iniciadas ante la OMC, se cuestionaron requerimientos de contenido doméstico en el otorgamiento de una subvención, particularmente el que los gobiernos requieren la compra de equipo o componentes de fabricación nacional para poder beneficiarse de la subvención, lo cual está explícitamente prohibido en el artículo 3.1(b) del ASMC.
- *Canadá — Ciertas medidas que afectan al sector de Generación de Energía Renovable*, DS412: Japón contra Canadá por las tarifas de alimentación (*feed-in-tariffs*) establecidas en la provincia de Ontario, que requieren la compra de equipo local (septiembre 2010). Japón alega que Canadá ha contravenido el principio de trato nacional contenido en el artículo III del GATT al estipular un trato menos favorable a los productos importados que a los productos nacionales. Asimismo, Japón también alega que la medida constituye una medida de inversión relacionada con el comercio inconsistente con el acuerdo TRIM y una subvención prohibida bajo el ASMC en su artículo 3.1(b). El panel fue compuesto el 6 de octubre de 2011.<sup>3</sup> Esta controversia llevará a los órganos adjudicativos de la OMC por primera vez a pronunciarse sobre el asunto de si el artículo XX del GATT puede invocarse en el contexto de una subvención y especialmente si hay forma de justificar un requerimiento de contenido doméstico bajo esa disposición.
- *China — Medidas relativas a los equipos de energía eólica*, DS 419: (diciembre de 2010) EUA contra China por ciertos apoyos a los fabricantes de turbinas de viento y sus componentes. En junio 2011 y a raíz de las consultas bilaterales, China acordó eliminar las subvenciones objeto de la disputa.
- *Canadá — Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas*, DS 426: (septiembre 2011). La Unión Europea a su vez pidió consultas a Canadá con vistas a iniciar un procedimiento contra el mismo programa que Japón está impugnando.
- Apoyos a paneles solares en China: El 19 de octubre de 2011 se anunció una queja de seis productores de paneles solares en EUA en contra del dumping y los subsidios otorgados a los productores Chinos. Esta queja podría desembocar en una disputa comercial, además de que se espera que una de estas empresas presente un caso similar contra la Unión Europea. (Leone, Octubre 2011)

---

<sup>3</sup> Nota del Editor: el 2 de marzo de 2012, el Presidente del Grupo Especial informó al Órgano de Solución de Diferencias que el informe del Grupo Especial sobre esta diferencia no estaría listo sino hasta noviembre de 2012, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds412\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm).

## 5. Relación entre efectos ambientales y comerciales



- En la gráfica de la izquierda muestro un esquema de las disciplinas actuales. Del universo total de las subvenciones, algunas tienen efectos comerciales y están sujetas a las disciplinas del ASMC (en ámbar). También hay subvenciones perjudiciales al medio ambiente (gris oscuro como el carbón) y subvenciones que favorecen el medio ambiente (cuadrado verde). De las dos categorías anteriores, hay cierto traslape con las subvenciones sujetas al ASMC. Ello implica que hay subvenciones ambientales que podrían ser impugnadas, así como subvenciones perjudiciales al medio ambiente que actualmente no están sujetas a disciplinas en la OMC (aunque podrían ser inconsistentes con la realización de otros compromisos internacionales como el protocolo de Kyoto...). También hay subvenciones perjudiciales al medio ambiente que tienen efectos comerciales pero están cubiertas bajo el Acuerdo sobre la Agricultura (no graficadas).
- La gráfica de la derecha muestra una forma en la que podrían evolucionar las disciplinas actuales. En primer lugar se podría volver a restaurar una categoría verde que tome en cuenta las realidades y necesidades actuales y futuras (extensión del cuadro verde). En segundo lugar, ciertos tipos de subvenciones particularmente dañinas al medio ambiente podrían disciplinarse dentro de los acuerdos comerciales, como ya está sucediendo con la negociación de disciplinas sobre subvenciones a la pesca en la negociación de normas de la OMC (abarcar el círculo gris con las disciplinas ámbar).

## IV. Las negociaciones de Doha

### 1. Subvenciones Agrícolas

- La ronda de Doha ya ha producido un resultado temprano e importante, que es el compromiso por parte de los países desarrollados de eliminar todas las formas de subvenciones a la exportación para el año 2013. Esto además de las reducciones proyectadas en los apoyos internos como parte de lo que se está negociando para el Acuerdo sobre la Agricultura.

## 2. *Subvenciones a la Pesca*

- Este tema forma parte de la negociación de normas, que incluye también el acuerdo Antidumping, las disciplinas horizontales sobre subvenciones y los acuerdos comerciales regionales. Es la primera vez que una negociación de la OMC busca un objetivo esencialmente no-comercial, en respuesta a demandas de varios grupos que han buscado que la OMC incorpore elementos ambientales en sus disciplinas, y en reconocimiento de la crisis que enfrenta el sector pesquero. Aunque no es la primera vez que una negociación se centra en un sólo sector (*ie.* agricultura, textil).
- El proyecto de texto presentado en noviembre de 2007 contemplaba una prohibición amplia de las subvenciones otorgadas al sector pesquero, que incluyen apoyos a la construcción, reparación y mejoramiento de barcos, costos de operación, marinas pesqueras, actividades de procesamiento, apoyos para pescar en aguas de terceros países, apoyos al ingreso de los pescadores, apoyos al precio de sus productos, etc. También los países que otorguen subvenciones al amparo de las excepciones se comprometen a tener o participar en programas de ordenamiento pesquero.
- La prohibición se complementaba con una serie de excepciones específicas:
  - Subvenciones para mejorar la seguridad siempre que no aumenten la capacidad pesquera
  - Apoyos para cumplir con normas ambientales o programas de ordenamiento pesquero (*ie.* compra de equipo para pesca selectiva)
  - Subvenciones para el retiro permanente de barcos, siempre que los permisos de operación también sean permanentemente retirados.
  - Los países menos adelantados están exentos de la prohibición
  - Pesca a pequeña escala o artesanal.
  - Algunas subvenciones de los países en desarrollo bajo ciertas limitaciones. (como tamaño del barco, pesca en aguas territoriales,...)
- México ha apoyado el enfoque de prohibición general, siempre que éste excluya a las subvenciones al diesel marino.
- Otro tema en el que México ha insistido es revisar si el requerimiento de especificidad como se aplica en las disciplinas horizontales del ASMC es apropiado para los subsidios pesqueros, dado que algunos países tienen programas muy amplios (por ejemplo a las actividades agropecuarias) que a pesar de no considerarse como específicos a la pesca podrían tener efectos ambientales muy negativos. Aunque la respuesta a esta preocupación no ha sido positiva.

## V. Conclusiones

- Las políticas públicas reflejan una cada vez mayor preocupación por los grandes retos ambientales como el calentamiento global y el deterioro de los recursos naturales.
- Las herramientas de política basadas en los incentivos económicos, como son los permisos comerciables, los impuestos a las emisiones de carbono y las subvenciones para desarrollar y utilizar tecnologías limpias, normalmente producen resultados más eficientes, ya que brindan flexibilidad a las empresas y los hogares para buscar las formas más económicas de reducir sus huellas ambientales. Por otro lado, algunas de estas herramientas pueden ser costosas en términos de medición y

monitoreo de los resultados, por lo que en ocasiones se ha optado por la regulación directa.

- Las medidas nacionales para mitigar el cambio climático, tanto las existentes como aquellas que están en proceso de discusión, parecen estar destinadas a entrar en conflicto con los acuerdos internacionales, en particular la OMC, debido a que entre sus efectos colaterales está restringir o desviar el comercio. Como ejemplo de medidas objeto de disputas en la OMC están las subvenciones que ha otorgado China para desarrollar su industria de turbinas eólicas, o las tarifas de alimentación o *Feed-In-Tariffs* que la provincia de Ontario paga a los proveedores privados de energía eléctrica. Por otro lado, el temor sobre una posible guerra comercial por los llamados aranceles-carbono no se ha concretado.
- Las divergencias que persisten entre los EUA y la Unión Europea sobre la implementación de los esquemas de comercialización de permisos (*cap & trade*) y los impuestos al carbono han detenido las propuestas de proteccionismo ambiental como los ajustes en frontera, también conocidos como aranceles carbono (Firger y Gerrard, 2011). Por otro lado, no debemos olvidar que mientras la Unión Europea lanzó el esquema de comercialización de emisiones o ETS en 2005, el senado de EUA no ha logrado ponerse de acuerdo para aprobar esquemas de ese tipo. Tampoco se ha podido alcanzar un acuerdo que reemplace el protocolo de Kyoto que termina en 2012. Ante esta falta de acuerdos, la Unión Europea no ha querido imponer aranceles para compensar las diferencias regulatorias que tiene con EUA, ya que ello podría llevar a una guerra comercial muy costosa para ambos.
- Por otro lado, las tecnologías verdes se han convertido en un campo de batalla entre países que buscan posicionarse como líderes en esta nueva industria. Lo anterior implica que veremos más subvenciones y otras medidas proteccionistas como las que han sido objeto de disputas en la OMC. Los Estados Unidos ya pidieron consultas con China sobre sus subvenciones a las turbinas eólicas y ya existe otra controversia por los apoyos a los productores de paneles solares, entre Canadá y Japón. Los EUA, que han tenido una recuperación frágil y sin empleos, le están apostando a los empleos verdes, a la vez que se eliminan diversos incentivos y apoyos a los combustibles fósiles. Es por ello que la competencia de China en esos sectores representa una amenaza para los planes de la administración Obama, que como en muchos otros países ha buscado vincular las medidas de protección ambiental con los empleos verdes.
- Ante el posible conflicto entre las medidas nacionales y los acuerdos comerciales, las siguientes estrategias deben considerarse (ver Low 2009):
  - No hay acuerdo entre los expertos sobre el grado de adecuación que se necesita en los instrumentos comerciales. Se ha argumentado que podríamos vivir con el sistema actual de la OMC. (artículo XX)
  - Para avanzar en la adecuación de la OMC a las necesidades actuales, es importante primero tener un consenso sobre los objetivos y las medidas de mitigación que se van a adoptar. Ese consenso no existe actualmente.
  - Mientras no se de lo anterior, existe el riesgo de que los países traigan ante la OMC sus diferencias en materia de política ambiental. Es importante que el sistema de solución de controversias de la OMC se

limite a resolver diferencias comerciales, y no ceder a la tentación de ciertos grupos que quieren usarlo para todo tipo de fines.

- Examinar qué elementos del sistema de comercio internacional deben modificarse para que las medidas de mitigación ambiental no presenten conflicto con el sistema de comercio multilateral.
- Las subvenciones también tienen objetivos de política distintos al medio ambiente, como promover el empleo, mejorar el desarrollo social, desarrollar nuevas tecnologías, promover la independencia energética y alimentaria; también tienen efectos no deseados sobre el medio ambiente. Este es el caso de las subvenciones a las industrias sucias, las subvenciones agrícolas que promueven el uso de químicos nocivos al medio ambiente, las subvenciones a la pesca, las subvenciones a los combustibles fósiles y los medios de transporte poco eficientes. Las actuales crisis presupuestales que viven los países industrializados presentan una oportunidad para eliminar o racionalizar los programas de apoyo que causan daños al medio ambiente.

## VI. Referencias

- ❖ Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). (1947).
- ❖ Barde, J. P., & Honkatukia, O. (2003). Environmentally Harmful Subsidies . *OECD Working Paper*.
- ❖ Burniaux, J. M., Chateau, J., & Sauvage, J. (2011). The Trade Effects of Phasing out Fossil Fuel Consumption Subsidies. *OECD Trade and Environment Working Papers* (2011/05).
- ❖ Firger, D. M., & Gerrard, M. B. (2011). Climate Change and the WTO: Expected Battlegrounds, Surprising battles . *International Environment Reporter* , 34 (15), 1-6.
- ❖ GIZ. (2011). International Fuel Prices .
- ❖ Global Subsidies Initiative. (2010). A How-to Guide: Measuring Subsidies to Fossil Fuel Producers. *The Global Subsidies Initiative Policy Brief* .
- ❖ Huang, E. (2010). Do Public Subsidies Sell Green Cars? Evidence from the U.S. “Cash for Clunkers” Program. *Tesis, John F. Kennedy School of Government, Harvard U.* .
- ❖ Kjellingbro, P. M., & Skotte, M. (2005). Environmentally Harmful Subsidies-- Linkages between Subsidies, the Environment and the Economy.
- ❖ Koplow, D. (2011). Nuclear Power: Still not Viable without Subsidies.
- ❖ Krugman, P. (2010). Building a Green Economy. *The New York Times* .
- ❖ Leone, S. (Octubre 2011). SolarWorld on Trade Complaint: 'This Was Our Time To Step Up'. *publicado en el sitio Internet de renewableenergyworld.com* .
- ❖ Low, P. (2009). Tackling Climate Change and Competitiveness: The Relevance of the WTO. *Conference Draft* .
- ❖ Luengo, G. (2007). Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law.
- ❖ Meyer, C., Schmidt, S., Meyer, B., Schlegelmilch, K., & Sclereth, M. (2009). Environmentally Harmful Subsidies: How Perverse Financial Incentive Threaten Biodiversity. Study Commissioned by the German League for Nature Conservation and Environmental Protection (DNR).

- ❖ Mona Sur, D., & Umali-Deininger, A. D. (2002). Water Related Subsidies in Agriculture: Environmental and Equity consequences .
- ❖ OCDE. (2005). Agricultural Policies in OECD Countries: Monitoring and Evaluation.
- ❖ OMC. (1994). Acuerdo sobre la Agricultura.
- ❖ OMC. (1994). Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- ❖ PNUMA. (2004). Economic Instruments in Biodiversity-related Multilateral Environmental Agreements.
- ❖ Slavin, M. (2009). The Federal Energy Subsidy Scorecard: How Renewables Stack Up . *Publicado en renewableenergyworld.com* .
- ❖ Steenblick, R. (2009). Subsidies in the Traditional Energy Sector, Conference Draft.
- ❖ Valsecchi, C., Bassi, S., Withana, S., ten Brink, P., Lewis, M., Best, A., et al. (2009). Environmentally Harmful Subsidies (EHS): Identification and Assessment. *Final report for the European Commission's DG Environment* .

## COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO “SUBVENCIONES Y MEDIO AMBIENTE” DE PABLO KLEIN

*Felipe Muñoz\**

Las nuevas dinámicas internacionales y la emergencia de nuevos tópicos y preocupaciones en la agenda mundial han supuesto nuevos desafíos para el sistema multilateral de comercio, siendo uno de los más relevantes y discutidos el tratamiento del medio ambiente y su relación con el comercio, y en particular el rol de las subvenciones. Dentro del marco de la OMC existen 3 grandes acuerdos que regulan estos temas: el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre la Agricultura, y el propio GATT. Este último establece en su artículo XX las excepciones generales a las obligaciones de los Miembros de la OMC. Sin embargo, es importante mencionar que no existe un solo caso en el sistema de solución de diferencias de la OMC en el cual se haya podido aplicar el artículo XX a las subvenciones. Esto es muy relevante porque no se debe olvidar que la OMC es un foro comercial. Este debe ser nuestro punto de partida para entender la relación entre subvenciones y medio ambiente en el marco de la OMC, ya que las subvenciones pueden tener efectos comerciales, así como sobre el medio ambiente, pero el objetivo de los Acuerdos de la OMC están relacionados al comercio y no dirigidos al cuidado del medio ambiente.

Como se deja ver en el texto de Pablo Klein, las subvenciones pueden tener diversos y contradictorios efectos. Desde la perspectiva comercial, pueden apoyar y aumentar el comercio de determinado bien o servicio – dentro de aquellas reglas que lo permitan – pero también pueden tener efectos perjudiciales en economías de otras latitudes. Lo mismo puede decirse respecto de la relación subvenciones y medio ambiente, ya que existen subsidios que pueden ser favorables para el medio ambiente y existen otros que pueden ser desfavorables. En este sentido, el análisis y categorización que realiza Klein en su trabajo proporciona una interesante y exhaustiva lista de ejemplos de subvenciones perjudiciales y favorables para el medio ambiente. Uno de ellos es el relacionado con el uso de subsidios para el consumo de combustibles fósiles. Los datos presentados por Klein dejan claro que el uso de estos subsidios reducen drásticamente los precios de gasolinas en algunos países de América Latina, como Venezuela o México. A continuación, el autor analiza los Acuerdos pertinentes en la OMC respecto a las subvenciones y como éstos permitirían a los miembros la adopción de políticas ambientalmente amigables. El texto incorpora también la relación entre los efectos comerciales y medio ambientales de una subvención como los avances que se han producido en el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha. De esta manera logra resumir la compleja interacción existente entre comercio, subvenciones y medio ambiente.

---

\* Licenciado en Ciencias Económicas y Magíster en Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Profesor Instructor del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Ha sido académico en cursos de la OMC y la Academia Diplomática de Chile Andrés Bello, y consultor de las Naciones Unidas en temas comerciales.

En base a lo anterior, el gran cuestionamiento que no ha podido ser resuelto es el rol que la OMC, y el sistema multilateral de comercio, debe jugar al momento de regular este tipo de subvenciones. ¿Es la OMC el foro que regule este tipo de subvenciones?

Como ya es conocido, la OMC no es el único foro en el cual se trata el tema del medio ambiente. La efectividad que ha mostrado la OMC, y antes el GATT, en el cumplimiento y seguimiento de sus Acuerdos, es tal vez su principal debilidad. Al mismo tiempo que el GATT, y luego la OMC, lograba obtener resultados en materia de liberalización comercial, otras iniciativas multilaterales no pasaban más allá de meras declaraciones de principios, acuerdos vinculantes pero que en la práctica no se cumplían, u organismos irrelevantes. Esto ha llevado a que muchos grupos de interés quieran llevar sus temas a la OMC, como una forma de asegurar el cumplimiento de las obligaciones acordadas, siendo el medio ambiente uno de los más activos en esta materia. Pero, como ya lo ha dicho el Director General Pascal Lamy, la OMC no es el foro ideal, es, más bien, un foro complementario a otros, como el de Naciones Unidas, para combatir los efectos del cambio climático.

Sin duda alguna, el tema de las disparidades en el acceso de los países en desarrollo, por un lado, y los países desarrollados, por otro lado, a tecnologías limpias, y el uso de subsidios para promover la utilización de estas tecnologías, irá cobrando cada vez más relevancia en la agenda de la gobernanza global, pero también tendrá repercusiones en foros como en la OMC.

## LA 'POLINIZACIÓN CRUZADA' EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN LOS CASOS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE\*\*

*Bradly J. Condon\**

*Resumen:* Este artículo analiza varias cuestiones jurídicas no claramente resueltas en la jurisprudencia de la OMC que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC. ¿Cómo se deberían tratar los subsidios ambientales bajo el GATT, en el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC)? ¿Se pueden aplicar las excepciones generales del Artículo XX del GATT a otros acuerdos en el Anexo 1A? ¿Son los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal relevantes para determinar la cuestión de "productos similares" en los artículos I y III del GATT, en el Acuerdo SMC, en el Acuerdo Antidumping y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)? ¿Cuál es el alcance de los párrafos b y g del Artículo XX del GATT y la relación entre éstos? ¿Cuál es la relación entre el artículo XX del GATT y los acuerdos ambientales multilaterales? ¿Cómo deberían interpretarse y aplicarse el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y el Acuerdo OTC dentro del contexto de medidas ambientales? Este artículo examina los puntos antes mencionados.

*Palabras Clave:* Interpretación de los acuerdos OMC, medio ambiente, Acuerdo sobre Agricultura, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, procesos y métodos de producción, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Artículo XX del GATT, Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

*Abstract:* This article analyses several unresolved issues in WTO law that may affect the WTO-consistency of environmental measures. How should the WTO deal with environmental subsidies under the GATT, the Agreement on Agriculture and the SCM Agreement? Can the general exceptions in GATT Article XX be applied to other agreements in Annex 1A? Are processing and production methods relevant to determining the issue of "like products" in GATT Articles I and III, the SCM Agreement and the Antidumping Agreement and the TBT Agreement? What is the scope of paragraphs b and g in GATT Article XX and the relationship between these two paragraphs? What is the relationship between GATT Article XX and multilateral environmental agreements? How should the SCM Agreement, TBT Agreement and SPS Agreement be interpreted and applied in the context of environmental measures? The paper explores these issues.

*Keywords:* Interpretation of the WTO agreements, environment, Agreement on Agriculture, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, processes and production methods,

---

\*\* Este artículo fue originalmente publicado en marzo de 2012, en el Vol. 2 No. 1 de esta Revista.

\* Titular de la Cátedra OMC México y Director del Centro de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, DF, y *Senior Fellow, Tim Fischer Centre for Global Trade and Finance*, Bond University, Australia. Agradezco el apoyo de la Asociación Mexicana de Cultura y del ITAM.

Agreement on Technical Barriers to Trade, Article XX of GATT, Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures.

## I. Introducción

Las medidas ambientales plantean cuestiones jurídicas con respecto a la relación entre el derecho de la OMC y el derecho ambiental internacional y la relación entre los varios Acuerdos de la OMC. Este artículo analiza varias cuestiones jurídicas no claramente resueltas en la jurisprudencia de la OMC que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC: (1) si los procesos y métodos de producción (PMPs) que no afectan al producto como tal son fundamentales para determinar la cuestión de "productos similares" en los Artículos I y III del GATT, el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Implementación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC); (2) la relación entre el Artículo XX del GATT, otros Acuerdos de la OMC y los acuerdos ambientales multilaterales; (3) la interpretación y aplicación del Acuerdo OTC; (4) la interpretación y aplicación del Acuerdo MSF; y (5) las subvenciones verdes bajo en GATT de 1994, el Acuerdo SMC y en el Acuerdo sobre la Agricultura. El enfoque de este artículo es sobre cuestiones jurídicas no claramente resueltas y no sobre la consistencia de medidas específicas con las disposiciones de la OMC. Sin embargo, este artículo no pretende resolver todas las cuestiones interpretativas no resueltas que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC. En particular, este artículo no analiza la consistencia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) con el derecho de la OMC ni el efecto interpretativo de la referencia al desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.<sup>1</sup> Tampoco analiza todos los acuerdos abarcados de la OMC u otros tratados internacionales que pueden ser pertinentes, como los tratados sobre la inversión extranjera y las disposiciones comerciales en los AMUMA.<sup>2</sup>

Hay cada vez más “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes (Anexo 1A). En 2010 y 2011 se emitieron varios informes sobre cuestiones novedosas en el contexto del Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, en los cuales la interpretación de términos en estos acuerdos se hizo a la luz de las interpretaciones de términos parecidos en contextos parecidos en el GATT. Este artículo analiza hasta qué punto la jurisprudencia sobre los términos de un acuerdo abarcado puede aplicarse a la interpretación de los términos parecidos en contextos parecidos en otros acuerdos abarcados. Este análisis se enfoca en los términos que son más relevantes para las disputas sobre el comercio y el medio ambiente en varios acuerdos abarcados: el concepto de productos similares y el lenguaje de las excepciones pertinentes del artículo XX del GATT.

---

<sup>1</sup> Estas cuestiones se analizan en Condon, Bradly, *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2006.

<sup>2</sup> Está fuera del alcance de este artículo considerar otros acuerdos abarcados. Para un análisis de estas cuestiones en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, véase Sinha, Tapen y Condon, Bradly, *Climate Change and Intellectual Property Rights for New Plant Varieties*, 15 de Octubre de 2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1944593>.

## II. “Productos similares” y los procesos y métodos de producción (PMP)

El término “productos similares” es un concepto esencial en el análisis de las obligaciones de no discriminación en los artículos I:1, III:2 y III:4 del GATT, al igual que en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. La cuestión de si los procesos y métodos de producción (PMP) son pertinentes para determinar la similitud de los productos también tiene implicaciones en el Acuerdo sobre SMC (y el Acuerdo Antidumping), ya que el término “productos similares” es relevante para una variedad de asuntos fundamentales dentro de estos acuerdos.<sup>3</sup> La determinación de cuáles preocupaciones ambientales debe tomarse en consideración para determinar la similitud de productos tendría un rango muy amplio de consecuencias en el derecho de la OMC.

En *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, el Órgano de Apelación explicó que el concepto de ‘similitud’ es relativo y que evoca la imagen de un acordeón. La amplitud del acordeón se debe determinar por una disposición particular en la cual el término ‘similar’ se encuentra al igual que por el contexto y las circunstancias que prevalecen en cualquier caso en el cual la disposición pueda aplicarse.<sup>4</sup> La jurisprudencia sugiere que los mismos cuatro criterios que aplican para determinar la similitud de un producto en el artículo III del GATT también aplican en el contexto del artículo I del GATT.<sup>5</sup>

El Órgano de Apelación ha aplicado consistentemente los siguientes 4 criterios para determinar si los productos se encuentran en una relación competitiva que llevaría a la conclusión que bajo el artículo III del GATT serían productos similares: (1) las propiedades físicas, naturaleza y la calidad del producto; (2) hasta qué punto los productos pueden servir para el mismo uso o uso similar o en un mercado determinado; (3) hasta qué punto los consumidores perciben y tratan los productos como un medio alternativo para satisfacer una necesidad o demanda; y (4) la clasificación arancelaria de los productos. En *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación notó que estos criterios son simples herramientas para ayudar en la tarea de examinar la evidencia relevante. Estos no se encuentran en ningún tratado ni son una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización legal de un producto.<sup>6</sup> El origen de los primeros tres criterios está en el Reporte del Grupo de Trabajo sobre *Ajustes Fiscales en Frontera*, mientras que el cuarto criterio se adhirió por paneles del GATT subsecuentes. El propósito del análisis de productos similares es tomar en cuenta la evidencia que indica si, y en qué extensión, los productos involucrados están – o pueden estar – en una relación competitiva dentro del mercado.<sup>7</sup>

Como el Órgano de Apelación notó en *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, la clasificación arancelaria de los productos es un criterio problemático cuando no está suficientemente detallado. Dado que el Sistema Armonizado solamente establece los seis primeros dígitos,

---

<sup>3</sup> Véase Bradly J. Condon, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica*, Londres, Cameron May, 2007, pp. 331-332, 417. En estos dos acuerdos este término está definido, mientras que en el GATT y el Acuerdo OTC no lo está.

<sup>4</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de Noviembre de 1996, página 21.

<sup>5</sup> Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Indonesia – Autos)*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 14.141.

<sup>6</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE – Amianto)*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafo 102.

<sup>7</sup> *Ibid*, párrafo 103.

cada gobierno tiene el criterio de determinar una clasificación del producto más detallada. Además, el Sistema Armonizado no se diseñó para resolver la cuestión de si los productos son similares de acuerdo al GATT.<sup>8</sup> Sin embargo, si el Sistema Armonizado no puede aplicarse directamente para decidir la similitud de productos, es útil para apoyar la decisión de la similitud basado en otros criterios.

Un tema fundamental en el caso de medidas enfocadas en el impacto ambiental de productos es si los PMP pueden usarse para determinar la similitud. Algunos argumentan que, dado que los efectos del amianto fueron relevantes para determinar la similitud en *CE – Amianto* (bajo el primer y tercer criterio), los efectos ambientales en el proceso de producción son relevantes para determinar la similitud. Por ejemplo, Howse argumenta que el fallo del Órgano de Apelación en *CE – Amianto* apoya el punto de vista de que los PMP no discriminatorios son consistentes con el artículo III:4 del GATT, basado en la consideración de las preferencias del consumidor.<sup>9</sup> La misma evidencia puede considerarse bajo los artículos III y XX, para propósitos diferentes, según el Órgano de Apelación en *CE – Amianto*. Bajo el artículo III:4, la evidencia relacionada con los riesgos a la salud puede ser relevante en evaluar la relación de competitividad en el mercado entre los supuestos productos “similares”. La misma evidencia, o similar, sirve bajo el artículo XX(b) para evaluar si un Miembro tiene suficiente fundamento para adoptar una medida inconsistente con el GATT con base en la salud humana.<sup>10</sup>

Sin embargo, las medidas en cuestión en *CE – Amianto* pueden distinguirse de medidas enfocadas en el impacto ambiental en el proceso de producción de un producto porque los efectos del amianto están relacionados al producto como tal, no a su método de producción. Asimismo, el argumento principal para no tener en cuenta los PMPs para determinar la similitud es que la similitud debe estar basada en las características del producto como tal. En *EU – Atún (México)*, el panel del GATT sostuvo que el término “productos similares” no aplica a los procesos de producción, sino a los productos como tales. Por lo tanto, no se permite una diferenciación entre productos basados en procesos de producción que no tienen efecto alguno en la calidad del mismo producto.<sup>11</sup> Debido a que el informe del GATT, *EU – Atún (México)* no fue adoptado, éste no tiene un valor normativo. Sin embargo, un grupo especial puede encontrarlo útil en la orientación de su razonamiento.<sup>12</sup>

No obstante, sería apropiado determinar si los PMP son pertinentes para determinar la similitud, basada en la evidencia presentada en cada caso. Si un PMP determina la relación competitiva entre dos productos en un caso en particular, el PMP debe tenerse en cuenta

---

<sup>8</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, página 25.

<sup>9</sup> Robert Howse, “The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate”, *Colorado Journal of Environmental Law*, 27:491, 2002, p. 515.

<sup>10</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 115.

<sup>11</sup> Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún (Estados Unidos – Atún (México))*, DS21/R, 3 de septiembre de 1991, no adoptado, BISD 39S/155, página 41. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia (Estados Unidos – Cordero)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán (Estados Unidos – Hilados de algodón)*, WT/DS192/AB/R, 5 de noviembre de 2001; Marceau, Gabrielle y Trachtman, Joel, “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of World Trade*, 36:811, 2002, p. 857-858.

<sup>12</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, páginas 14-15.

para determinar si los productos son similares.<sup>13</sup> Este enfoque sería consistente con el propósito del análisis de productos similares, de determinar si la evidencia indica que los productos implicados son – o podrían estar – en una relación competitiva en el mercado.<sup>14</sup> Igualmente, la relación competitiva entre productos no es estática, sino evoluciona a través del tiempo.<sup>15</sup> Así, un factor que no puede ser considerado relevante sobre este tema ahora podría ser relevante en el futuro.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* consideró un PMP que no afecta al producto como tal.<sup>16</sup> La *Dolphin Protection Consumer Information Act* (DPCIA) regulaba el uso del etiquetado *dolphin-safe* estadounidense. México alegó que esta medida era inconsistente con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Esta disposición dispone que, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros, se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. El Grupo Especial señaló que el término “productos similares” no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 “es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”, era pertinente para interpretar el artículo 2.1.<sup>17</sup> Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.<sup>18</sup> Los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos.<sup>19</sup> Además, los productos eran idénticos bajo los demás tres criterios. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares.

El papel de las preferencias de los consumidores en la determinación de la similitud es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Sobre esta cuestión, vale la pena citar textualmente al Grupo Especial:

La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de

<sup>13</sup> Para una opinión opuesta, véase Patrick Low, Gabrielle Marceau y Julia Reinaud, “*The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues*”, WTO Staff Working Paper ERSD-2011-1, 12 de enero de 2011, [http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201101\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201101_e.pdf), página 2.

<sup>14</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 103.

<sup>15</sup> Agradezco a Deborah Elms por esta perspectiva. Un ejemplo es la relación competitiva entre teléfonos celulares y cámaras, que ha cambiado conforme la tecnología ha evolucionado.

<sup>16</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/R. El 20 de enero de 2012 el informe del Grupo Especial fue apelado tanto por los EE.UU. como por México.

<sup>17</sup> *Ibid*, párrafos 7.223-7.224.

<sup>18</sup> *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

<sup>19</sup> *Ibid*, párrafo 7.250.

la similitud. En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud. Sin embargo, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de este asunto, la consideración de las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos relativas a la inocuidad de los productos de atún con respecto a los delfines nos deba llevar a modificar nuestra conclusión con respecto a la similitud de los productos de atún estadounidenses y mexicanos y los productos de atún originarios de cualquier otro país.<sup>20</sup>

En este caso, había evidencia sobre las preferencias del consumidor relativas a los PMP que no afectan al producto como tal. Mientras este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos. Como se mencionó arriba, el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Fue por esta razón, y no el impacto de las preferencias en la relación de competencia, que este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre similitud.

En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que, en los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aun más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son similares.<sup>21</sup> La misma lógica puede aplicarse al revés. En los casos en que los productos son físicamente idénticos, debe ser posible aducir pruebas bajo los demás criterios de que no existe una relación de competencia para demostrar que los productos no son similares. En *Estados Unidos – Atún II (México)*, las preferencias del consumidor determinaron la relación de competencia entre dos productos—atún inocuo para delfines y atún no inocuo para delfines—no sus características físicas ni su uso final. Por lo tanto, estos dos productos no se deben considerar como productos similares. La falta de evidencia sobre la inocuidad del atún proveniente de distintos Miembros es una cuestión distinta, aunque determinante en este caso.

Si el fin del análisis de la similitud de los productos es determinar la relación de competencia en un mercado determinado, y la inocuidad del producto determina si puede competir en el mercado o no, sería razonable esperar que este criterio pudiera ser determinante, a pesar de la similitud de los productos bajo los otros tres criterios. En tal situación, las preferencias del consumidor relativas a los PMP, que no afectan al producto como tal, podrían ser determinantes. Entonces, esto podría servir como base para determinar que tales etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC. También podría ser relevante para el análisis de la similitud de productos bajo el Acuerdo SMC.

El informe del Grupo Especial el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* apoya, aunque de manera indirecta, que el impacto ambiental de un producto es pertinente en el análisis de la similitud.<sup>22</sup> El Grupo Especial consideró que, en el análisis de la similitud de productos en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, un reglamento técnico que tiene un objetivo de salud pública legítimo no debe abordarse principalmente

---

<sup>20</sup> *Ibid*, párrafo 7.249.

<sup>21</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 118.

<sup>22</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/R, adoptado el 2 de septiembre de 2011.

desde la perspectiva de la competencia. Más bien, la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de similitud debe prestar especial atención a la importancia del objetivo de salud pública. La manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de ellos, han de evaluarse a la luz de ese objetivo.<sup>23</sup> Para apoyar su interpretación, el Grupo Especial notó que el preámbulo del Acuerdo OTC dispone que los Miembros “reconoc[en] que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente...a los niveles que considere apropiados...”.<sup>24</sup> Este razonamiento sería aplicable a una medida ambiental también, por la referencia en el preámbulo a la protección del medio ambiente.

En el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el impacto sobre la salud venía del producto como tal, y no de los PMP. Sin embargo, si consideramos juntos los informes de los grupos especiales en *Estados Unidos – Atún II (México)* y *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, apoyan la idea de que los PMP que no afectan al producto como tal podrían ser un criterio determinante en el análisis de la similitud de los productos.

En los informes recientes sobre el Acuerdo OTC, los grupos especiales tuvieron en cuenta la jurisprudencia del GATT sobre el término “productos similares” para interpretar este mismo término en el Acuerdo OTC, teniendo en cuenta el contexto distinto. Esta jurisprudencia sobre el término “productos similares” para interpretar este mismo término en el Acuerdo OTC debe ser pertinente para interpretar este mismo término en el GATT y en otros acuerdos abarcados que utilizan este término, como el Acuerdo SMC, mientras se tiene en cuenta el contexto de cada acuerdo. Aquí hay un buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

### III. Artículo XX del GATT

Los párrafos b y g en el artículo XX del GATT juegan un papel fundamental en la determinación del tipo de medidas que pueden ser utilizadas para la protección ambiental. Además, el análisis bajo la cláusula introductoria del artículo XX determinará como estas medidas deben de ser aplicadas.

El artículo XX(g) aplica a medidas “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”. Esta frase implica cuatro cuestiones principales. (1) ¿Las medidas ambientales están enfocadas en conservar un “recurso natural agotable”? (2) Si un nexo jurídico se requiere entre un Miembro que promulga una medida y la agotabilidad de un recurso natural, ¿existe un nexo suficiente entre el miembro de la OMC el recurso natural agotable? (3) ¿Como debería determinar un grupo especial si una medida específica está relacionada a la conservación? (4) ¿Las medidas se “aplican conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”?

---

<sup>23</sup> *Ibid*, párrafo 7.119.

<sup>24</sup> *Ibid*, párrafos 7.113-7.114.

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación interpretó el término "recursos naturales agotables" para abarcar tanto recursos naturales vivos como no vivos.<sup>25</sup> El Órgano de Apelación y los paneles del GATT han constatado que los siguientes son recursos naturales agotables: aire limpio;<sup>26</sup> tortugas marinas migratorias;<sup>27</sup> salmón y arenque;<sup>28</sup> atún;<sup>29</sup> y delfines.<sup>30</sup> En *Estados Unidos – Camarones*, debido a que las tortugas marinas migratorias estaban listados bajo CITES como especies en peligro de extinción, el Órgano de Apelación sostuvo que estos últimos son recursos naturales agotables. Los acuerdos ambientales multilaterales pueden tomarse en cuenta para determinar si un recurso en particular es un recurso natural agotable. El siguiente fragmento en *Estados Unidos – Camarones* apoya esta opinión:

Los términos del párrafo g) del artículo XX, "recursos naturales agotables", fueron acuñados realmente hace más de 50 años. El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC...reconoce explícitamente "el objetivo de un desarrollo sostenible "...Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo g) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo". Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos.<sup>31</sup>

En *Estados Unidos – Camarones*, la referencia al objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC influyó en la interpretación del artículo XX del GATT. El preámbulo es contexto pertinente para la interpretación de acuerdo con el artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, lo cual aplica a la interpretación de los acuerdos abarcados de la OMC.<sup>32</sup> Sin embargo, no queda muy claro hasta qué punto esta referencia va a influir en la interpretación en otros casos.<sup>33</sup>

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación declaró que existía un nexo jurídico suficiente entre las tortugas marinas migratorias y los Estados Unidos, ya que éstas pasan parte de su ciclo de vida migratorio en aguas estadounidenses, sin resolver si existe

---

<sup>25</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (Estados Unidos – Camarones)*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 128-131.

<sup>26</sup> Informe del Órgano de apelación, *Estados Unidos – Pautas párrafo la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos – Gasolina)*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

<sup>27</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

<sup>28</sup> Informe del Panel del GATT, *Canadá – Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar (Canadá – Arenque y salmón)*, L/6268 - 35S/98, adoptado el 22 de marzo de 1988.

<sup>29</sup> Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá (Estados Unidos – Atún (Canadá))*, L/5198 - 29S/91, adoptado el 22 de febrero de 1982.

<sup>30</sup> Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (México)*.

<sup>31</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 129-130.

<sup>32</sup> Véase Condon, Bradly, *op. cit.* nota 3, p. 45.

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión, véase Condon, Bradly, *op. cit.* nota 1, pp. 22, 25, 80, 117, 277, y 290-291. Véase también Alberto do Amaral Júnior, *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*, Sao Paulo, Editora Atlas, 2010, pp. 59-69.

un límite jurídico implícito en los términos del artículo XX(g). En los casos en los que los efectos de problemas ambientales son globales, debe de haber un nexo lo suficientemente jurídico entre todos los Miembros de la OMC y el tema en particular, como el agotamiento del ozono o el cambio climático.

El término “relativas a” ha sido interpretado como “enfocado principalmente a”, en lugar de “necesario o esencial”.<sup>34</sup> El término “relativas a” necesita un análisis de la relación entre las medidas y la política legítima de conservar los recursos naturales agotables. Esto requiere una relación cercana y genuina de fines y medios y un análisis de la relación entre la estructura general y el diseño de la medida y el objetivo de la política.<sup>35</sup> Los acuerdos ambientales multilaterales pueden servir como evidencia para mostrar que las medidas se relacionan con la conservación de recursos naturales agotables. Si la estructura y el diseño están basados en obligaciones específicas en un acuerdo multilateral ambiental, sería más probable que cumpliera con los requerimientos del párrafo g. Mientras que esto no es esencial, estas obligaciones específicas proveen evidencia de que la medida esté vinculada con la conservación o la protección del medio ambiente.

El artículo XX(g) también requiere que las medidas de conservación “se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”. En *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación interpretó el término “se apliquen” como una medida gubernamental “operativa”, “en vigencia”, o “entrado en vigor”. La cláusula no establece una prueba de efectos empíricos para la disponibilidad de la excepción artículo XX(g). En su lugar, esta cláusula es un requerimiento de equilibrio en la imposición de restricciones, en nombre de la conservación, sobre la producción o consumo de recursos naturales agotables, pero no requiere un trato idéntico de los productos nacionales e importados.<sup>36</sup> No está claro si las diferencias en el trato de los productos, basados en su impacto ambiental, podrían cumplir este requerimiento sin justificar las diferencias en el trato con referencia a la evidencia de las razones por el trato diferente, tal como la evidencia científica comparando el impacto ambiental de diferentes productos.

El artículo XX(b) aplica a las medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. Este párrafo requiere que el objetivo de la política en curso esté dentro del rango de políticas diseñadas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Grupo Especial aceptó que las medidas estaban dirigidas a proteger el medio ambiente de Brasil y que esto estaba dentro del rango de políticas cubiertas por el artículo XX(b).

Una vez establecido que el objetivo de la política entra en la excepción, la cuestión es si la medida es “necesaria” para lograr el objetivo de la política. Este análisis toma lugar a la luz del nivel de riesgo que un Miembro escoge para sí mismo. Para demostrar que la medida es necesaria, hay que considerar y sopesar una serie de factores. Primero, entre más importantes sean los intereses o valores que la medida pretende proteger, lo más probable es que la medida sea necesaria. Segundo, mientras la medida contribuye más al fin perseguido, lo más probable es que la medida sea necesaria. Tercero, mientras menos impacte el comercio la medida impugnada, lo más probable es que la medida sea necesaria.

---

<sup>34</sup> Informe del Panel del GATT, *Canadá – Arenque y salmón*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

<sup>35</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

<sup>36</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 20-21.

Cuarto, si hay razonablemente disponible una medida alternativa más consistente con la OMC que el Miembro podría usar, la medida no sería necesaria. La determinación del cuarto criterio informa el proceso de considerar y sopesar los primeros tres criterios.<sup>37</sup>

No se cuestiona que la protección ambiental se consideraría un interés o valor importante en el artículo XX(b). En *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Grupo Especial concluyó que pocos intereses son más ‘vitales’ e ‘importantes’ que proteger a seres humanos de riesgos a la salud, y que proteger el medio ambiente no es menos importante.<sup>38</sup> El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo que la protección del medio ambiente es un valor importante. Sin embargo, el peso acordado al objetivo de la protección del medio ambiente puede ser menos al acordado al objetivo de protección de la salud o la vida humana, dada la caracterización del Órgano de Apelación del primero como “importante” (*Brasil – Neumáticos Recauchutados*) y el segundo como “tanto vital como importante en el grado más alto” (*CE – Amianto*).

Puede ser difícil medir en qué medida una medida ambiental contribuye al fin perseguido. Debe ser probable que la medida produzca una contribución material para el logro de su objetivo.<sup>39</sup> Una medida que solo crea una contribución marginal o insignificante al objetivo no es suficiente para considerarla necesaria.<sup>40</sup> No obstante, en *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación enfatizó la necesidad de considerar la medida en un contexto más amplio de una estrategia comprensiva para lidiar con un problema.<sup>41</sup> También, el Órgano de Apelación estableció que la contribución de una medida ambiental restrictiva al comercio, aunque no sea visible inmediatamente, puede justificarse bajo el artículo XX(b):

Reconocemos que sólo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción. A corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución a los objetivos ambientales o de salud pública de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global. Además, los resultados de determinadas acciones -por ejemplo de medidas adoptadas para atenuar el calentamiento global y el cambio climático, o de determinados actos preventivos encaminados a reducir la incidencia de enfermedades que sólo pueden manifestarse después de transcurrido un cierto período- sólo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo. Para justificar una prohibición de las importaciones en el marco del apartado b) del artículo XX, es necesario que el Grupo Especial esté convencido de que esa prohibición hace una contribución importante al logro de su objetivo. Naturalmente, esa demostración puede hacerse recurriendo a pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente, que establezcan que la prohibición de las importaciones en litigio contribuye de manera importante a la protección de los objetivos ambientales o de salud pública perseguidos. No obstante, no es éste el único tipo de demostración que puede establecer esa contribución. En consecuencia, un grupo especial puede llegar a la conclusión de

---

<sup>37</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (Corea – Carne vacuna)*, WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos – Juegos de azar)*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005; Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos)*, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005; e Informe del Órgano de Apelación, *Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil – Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007.

<sup>38</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párrafo 151.

<sup>40</sup> *Ibid.*, párrafo 150.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párrafo 154.

que una prohibición de las importaciones es necesaria sobre la base de la demostración de que la prohibición de las importaciones en litigio es adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración puede consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes.<sup>42</sup>

En *China – Materias primas*, el Grupo Especial tuvo que enfrentar argumentos de China basados en esta decisión del Órgano de Apelación.<sup>43</sup> China argumentó que esta decisión del Órgano de Apelación sugiere que, a efectos del artículo XX(b), la "contribución" de las restricciones comerciales debe evaluarse tanto actualmente como en el futuro.<sup>44</sup> Los reclamantes alegaron que el verdadero objetivo de China para mantener las restricciones a la exportación no es reducir la contaminación causada por la extracción de productos EPR, sino asegurarse de que los usuarios nacionales tengan acceso preferencial a las materias primas en detrimento de sus contrapartes extranjeras.<sup>45</sup>

El Grupo Especial consideró que, en las ramas de producción donde los vínculos verticales son importantes, el criterio para determinar la contribución importante al objetivo declarado debe integrar las políticas que pueden contrarrestar el supuesto efecto de la política en vigor. La combinación de dos o más políticas podría anular el efecto de cada una en la contaminación, contribuyendo únicamente al logro de otros objetivos (como el desarrollo del sector de transformación). Las restricciones a la exportación de minerales de manganeso (utilizados como insumo en la producción primaria de manganeso metal) reducían el precio interior de los minerales en China y constituía un incentivo para producir metales. Por consiguiente, las restricciones a la exportación de minerales podrían contrarrestar los efectos de reducción de la producción de las restricciones a la exportación de metales y, en consecuencia, sus presuntos efectos positivos sobre el medio ambiente. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que las restricciones a la exportación de productos *actualmente* no contribuían de manera importante al objetivo perseguido.<sup>46</sup>

China argumentó que sus medidas eran adecuadas como contribución importante al objetivo declarado en el futuro. A medio plazo, el "efecto de selección" obligaría a los productores a esforzarse para ser más eficientes en función de los costos. Este argumento no convenció al Grupo Especial. China también argumentó que las restricciones a la exportación eran adecuadas como contribución importante a largo plazo, porque "ayudarán a China, como país en desarrollo, a alcanzar sus objetivos ambientales a largo plazo facilitando el crecimiento económico de China, lo cual, a su vez, contribuye mucho a la protección del medio ambiente".<sup>47</sup> Este segundo argumento estaba basado en las pruebas empíricas de la denominada "curva ambiental de Kuznets", una correlación empírica entre los ingresos per cápita y la degradación del medio ambiente.<sup>48</sup> El Grupo Especial concluyó que, aunque el crecimiento hace estadísticamente más probable la protección del medio ambiente, esto no demuestra que las restricciones a la exportación sean necesarias para conseguir beneficios ambientales.<sup>49</sup>

---

<sup>42</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

<sup>43</sup> Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.470-7.471.

<sup>44</sup> *Ibid*, párrafo 7.518.

<sup>45</sup> *Ibid*, párrafo 7.522.

<sup>46</sup> *Ibid*, párrafos 7.536-7.538.

<sup>47</sup> *Ibid*, párrafos 7.540-7.541.

<sup>48</sup> *Ibid*, párrafo 7.551.

<sup>49</sup> *Ibid*, párrafo 7.553.

En lo que respecta al impacto comercial de las medidas en cuestión, si una estrategia regulatoria comprensiva es relevante para la medida en que haya una contribución, entonces se debería examinar en evaluar el impacto de las medidas comerciales restrictivas. En este caso, el impacto acumulativo de una serie de medidas ambientales puede en su conjunto tener efectos más restrictivos que una medida considerada en aislamiento.

La misma cuestión surge en relación con el asunto sobre si las medidas alternativas alcanzarían los mismos objetivos que la medida en cuestión. Si la medida en cuestión es parte de una estrategia regulatoria comprensiva y el efecto de la medida no puede ser relevada en un futuro cercano, esto sería un punto difícil de argumentar. El Miembro defendiendo la medida puede sugerir por qué las medidas alternativas no pueden alcanzar el mismo objetivo que la medida en cuestión, pero no está bajo ninguna obligación para establecer esto, en primera instancia, para probar que la medida es “necesaria”. Si el demandante propone una medida alternativa más consistente con la OMC que, desde su punto de vista, el demandado debió tomar, este mismo deberá demostrar por qué su medida cuestionada sigue siendo “necesaria” a la luz de una alternativa o, en otras palabras, por qué la alternativa propuesta no es, de hecho, “razonablemente disponible”. Si el demandado demuestra que la alternativa no es “razonablemente disponible”, a la luz de los intereses o valores que se buscan y el nivel de protección deseado, por consiguiente la medida debe ser “necesaria”.<sup>50</sup> ¿Deberían considerarse las alternativas a la luz de las normas internacionales relevantes, como en los acuerdos multilaterales ambientales? Deberían las medidas alternativas ser medidas que el demandado pueda él solo implementar, en lugar de las medidas que están fuera de su control o que requieren consultas o negociaciones con otros países?<sup>51</sup> ¿Qué tipo de evidencia científica se requerirá?<sup>52</sup>

El objetivo de la cláusula introductoria es prevenir el abuso de las excepciones en el artículo XX. La cláusula introductoria expresa el reconocimiento por parte de los miembros de la OMC de la necesidad de mantener un balance entre el derecho de un Miembro a solicitar una excepción por un lado, y los derechos substantivos de otro Miembro por otro lado.<sup>53</sup>

La cláusula introductoria del artículo XX requiere que una medida que se ha justificado provisionalmente bajo uno de los párrafos del artículo XX no se aplique de la manera que constituya: (1) discriminación arbitraria entre países donde prevalecen la mismas condiciones; (2) discriminación injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones; ó (3) una restricción encubierta al comercio internacional. El demandado tiene la carga de la prueba para mostrar que la aplicación de la medida cumple con los requisitos de la cláusula introductoria. Para que la medida pase el examen de la cláusula introductoria, el demandado debe probar que los tres requerimientos se cumplen. Para que la medida repruebe el examen de la cláusula introductoria, el demandante solo necesita mostrar que alguno de los tres requerimientos no se cumple.

---

<sup>50</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 310-311.

<sup>51</sup> *Ibid*, párrafo 316-318.

<sup>52</sup> El Órgano de Apelación ha declarado lo siguiente al respecto: ‘al justificar una medida bajo el artículo XX(b) del GATT de 1994, un Miembro también puede contar, en la buena voluntad, en medios científicos que en ese momento, puede representar una opinión divergente, pero calificada y respetada.’ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 178, citando el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) (CE – Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 194.

<sup>53</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

Existen tres elementos en el análisis de la cláusula introductoria sobre si la medida se aplica de una manera que constituye “discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones”: (1) la aplicación de la medida resulta en discriminación; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) la discriminación ocurre entre países donde prevalecen las mismas condiciones (entre países exportadores diferentes o entre países exportadores y países importadores). La cláusula introductoria también se refiere a las restricciones encubiertas al comercio internacional. La jurisprudencia tiende a concluir que la evidencia que apoya una constatación de discriminación arbitraria o injustificable también apoya una constatación de la existencia de restricciones encubiertas al comercio internacional.<sup>54</sup>

En *Estados Unidos – Gasolina y Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación identificó dos criterios principales para determinar si la discriminación era arbitraria o injustificable: (1) un esfuerzo serio de negociar para lograr el objetivo de la política de la medida en cuestión; y (2) la flexibilidad de la medida (por ejemplo, tomando en cuenta la situación que prevalece en otros países). Con respecto al segundo criterio, en *Estados Unidos – Camarones (art. 21.5)*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que condicionar el acceso al mercado sobre la adopción de un programa *comparable en efectividad*, permite la suficiente flexibilidad en la aplicación de la medida para evitar la discriminación arbitraria o injustificable.<sup>55</sup>

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación notó que las regulaciones estadounidenses eran arbitrarias e injustificables porque Estados Unidos: (1) requería que los Miembros de la OMC adoptasen “esencialmente la misma política” como la aplicada en los Estados Unidos sin tomar en cuenta otras políticas y medidas que un país hubiera adoptado que pudieran tener un efecto comparable sobre la conservación de la tortuga marina; (2) aplicó el mismo matiz sin tomar en consideración si esto sería apropiado para las condiciones que prevalecen en otros países; (3) no entabló unas negociaciones serias, y a todos los niveles, con el objetivo de concluir acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de imponer la prohibición a la importación; y (4) no proveyó el debido proceso en la negación de la certificación comparado a los que se les otorgó la certificación.<sup>56</sup> Sin embargo, la cláusula introductoria no requiere que un Miembro tenga éxito en sus esfuerzos por negociar una solución multilateral a un problema ambiental transnacional.<sup>57</sup>

En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación sostuvo que existe una discriminación arbitraria o injustificable cuando una medida provisional justificable bajo el párrafo del artículo XX se aplica de forma discriminatoria entre países donde prevalecen las mismas condiciones, y cuando las razones dadas para esta discriminación no tienen ninguna conexión racional en el objetivo dentro del ámbito del párrafo del artículo XX, o van en contra de ese objetivo.<sup>58</sup> El requisito de que las razones para la discriminación se relacionen con el objetivo de un párrafo en particular del artículo XX podría explicar la divergencia en la jurisprudencia de la OMC sobre si la cláusula introductoria requiere negociar antes de

<sup>54</sup> Ver Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 23, Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.319e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 239.

<sup>55</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*, párrafo 144.

<sup>56</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 163-166, 181.

<sup>57</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*.

<sup>58</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 227.

emplear restricciones comerciales dirigidas a cuestiones ambientales. En dos casos de la OMC bajo el párrafo g, el Órgano de Apelación sostuvo que no negociar llevaría a un incumplimiento con los requerimientos no discriminatorios de la cláusula introductoria.<sup>59</sup> En *Estados Unidos – Camarones*, no estaba claro si la obligación a negociar se basó en los documentos multilaterales ambientales que expresaban una preferencia por soluciones multilaterales a problemas ambientales transfronterizos o globales o si esto se basó en el hecho de que los Estados Unidos habían negociado con los países asiáticos y no habían negociado con los países americanos. En los casos del párrafo b, el Órgano de Apelación no ha encontrado ninguna obligación para negociar de forma que cumpla con requerimientos no discriminatorios de la cláusula introductoria.<sup>60</sup>

La divergencia en la jurisprudencia puede ser explicada al argumentar que los párrafos b y g se aplican a diferentes temas.<sup>61</sup> Esto puede explicar por qué en algunos casos el evitar la discriminación arbitraria o injustificable requiere un esfuerzo para negociar. La regla de interpretación efectiva de tratados requiere que los términos de un tratado se interpreten de manera que evite la redundancia. Esto sugiere que los párrafos b y g deben aplicarse a temas diferentes. Sin embargo, el párrafo g se ha aplicado a medidas dirigidas a la conservación de animales (tortugas migratorias,<sup>62</sup> salmón,<sup>63</sup> arenque,<sup>64</sup> atún<sup>65</sup> y delfines<sup>66</sup>) y el párrafo b también se ha aplicado a una medida dirigida a la protección de animales (changos en Brasil<sup>67</sup>). La única diferencia obvia en estos animales es que los considerados bajo el párrafo g son migratorios, y por lo tanto una cuestión ambiental transfronteriza, mientras que los changos considerados en el párrafo b no son migratorios, y así es una cuestión ambiental nacional. Además, de las especies migratorias, una medida de aire limpio ha sido considerado bajo el párrafo g. Mientras que la cuestión del aire limpio era de los Estados Unidos, y por lo mismo nacional, el aire limpio es una cuestión ambiental transfronteriza. La contaminación del aire no respeta los límites nacionales.<sup>68</sup> Por lo tanto, la jurisprudencia apoya la opinión de que una diferencia entre los dos párrafos puede ser que el b esté dirigido a cuestiones nacionales y el g a cuestiones transfronterizas. Un análisis bajo los artículos 31, 32, y 33 de la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados apoya esta interpretación.

La objeción obvia a la noción que el párrafo (g) se dirige sólo a cuestiones transfronterizas es que éste parece excluir recursos naturales agotables que están contenidos dentro de las fronteras de un país, tal como los recursos minerales. La respuesta a esta

---

<sup>59</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina* e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

<sup>60</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto* e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar* (considerando una disposición comparable en el artículo XIV del AGCS).

<sup>61</sup> Ver Condon, Bradley, “GATT Article XX and Proximity of Interest: Determining the Subject Matter of Paragraphs b and g”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 9:2, 2004, pp. 137-162.

<sup>62</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*.

<sup>63</sup> Informe del Panel del GATT, *Canadá – Arenque y salmón*.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (Canadá)*.

<sup>66</sup> Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (México)*.

<sup>67</sup> Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.89-7.92.

<sup>68</sup> Los ejemplos incluyen incendios forestales de México causando la contaminación del aire en los Estados Unidos y la contaminación del aire causando la lluvia ácida en Canadá.

objeción no es obvia. Una posibilidad es considerar que los recursos minerales son recursos globales limitados, incluso cuando están contenidos dentro de las fronteras de un país.<sup>69</sup> Otra posibilidad es considerar los recursos nacionales bajo otras excepciones, tal como: el artículo XI:2 del GATT (a) (para restricciones temporales aplicadas para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para el Miembro exportador); el artículo XX (i) del GATT (para restricciones a la exportaciones de materiales nacionales necesarios para asegurar las cantidades esenciales de estos materiales a una industria nacional de procesamiento); el artículo XX (j) del GATT (para medidas esenciales de la adquisición o distribución de productos en general o una pequeña oferta local); o el artículo XXI del GATT (para medidas necesarias para la protección de los intereses de seguridad esenciales de un Miembro).<sup>70</sup>

El informe del Grupo Especial en *China – Materias primas* interpretó el artículo XI:2(a) a la luz del artículo XX(g). Según el Grupo Especial, estas disposiciones deben interpretarse armoniosamente para no hacer una interpretación que permitiría a los Miembros recurrir indistintamente al artículo XI:2(a) o al artículo XX(g) para tratar el problema de un recurso natural agotable. Observó que el artículo XX(g), en virtud de la parte introductoria del artículo XX, incorpora protecciones adicionales para velar porque la aplicación de una medida no dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable o represente una restricción encubierta al comercio internacional. El artículo XI:2(a) no impone limitaciones similares. La falta de esas salvaguardias en el artículo XI:2(a) respaldó su opinión de que una restricción o prohibición aplicada al amparo de éste tiene que ser de duración limitada, y no indefinida.<sup>71</sup> Además, consideró que el artículo XI:2(a) sólo permite aplicar restricciones o prohibiciones por un tiempo limitado para hacer frente a una "escasez aguda" de "productos esenciales".<sup>72</sup> Esta interpretación indica que el artículo XI:2(a) no puede servir como sustituto al artículo XX(g) para los recursos naturales nacionales.

Los diferentes límites en los párrafos b y g también sugieren que estos se apliquen de diferentes maneras. La jurisprudencia de la OMC indica que el término "necesario" impone un límite más alto que el término "relativo a". Al mismo tiempo, la jurisprudencia de la OMC ha indicado que no hay un interés o valor más importante que la salud y vida humana.<sup>73</sup> Sería un resultado anormal imponer límites más altos para las medidas que estén enfocadas a preservar la salud y vida humana que las que conservan recursos naturales agotables.<sup>74</sup> Una solución a esta interrogante es que la jurisprudencia de la OMC debe evolucionar a un punto en el que los límites converjan.<sup>75</sup> Si uno considera que el evitar la discriminación arbitraria o injustificable requiere que los Miembros de la OMC busquen soluciones multilaterales para la conservación de recursos transfronterizos, mientras que estos requerimientos no existen para medidas que están dirigidas a la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, el análisis de la

<sup>69</sup> Agradezco a David Morgan por esta idea.

<sup>70</sup> Agradezco de nuevo a David Morgan por ayudarme en este punto.

<sup>71</sup> Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafos 7.257-7.258.

<sup>72</sup> *Ibid*, párrafo 7.260.

<sup>73</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.

<sup>74</sup> Otra posible razón para un límite más estricto en el párrafo b es que la causa de proteger la vida humana, animal o vegetal o la salud puede ser violada más fácil por los Miembros porque es más subjetiva que la conservación de recursos naturales, que pueden estar determinados más objetivamente.

<sup>75</sup> Agradezco al Profesor Matsushita por esta idea.

cláusula introductoria eliminaría cualquier diferencia en los límites de los párrafos b y g. En otras palabras, el término “relativas a”, en combinación con una negociación requerida, pondría un límite más alto que el término “necesario” sin una negociación requerida.<sup>76</sup> También es inapropiado requerir cooperación internacional o negociaciones para tratar cuestiones de salud pública, dado que cada Miembro de la OMC tiene el derecho de determinar su nivel apropiado de protección de la salud<sup>77</sup> y esta cuestión está dentro de la jurisdicción de cada Miembro.<sup>78</sup>

Otros párrafos que utilizan el término “necesario” son consistentes con la idea que este límite aplica a asuntos nacionales. El artículo XX(a) del GATT aplica este término a “moral pública” y el artículo XIV(a) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) a “moral pública” y “orden público”. Dada que los parámetros para la moral pública varían de un país a otro (e incluso entre comunidades dentro del mismo país), es razonable concluir que estos párrafos aplican a cuestiones nacionales. Asimismo, el orden público es una cuestión nacional. El artículo XX(d) y el artículo XIV(c) del AGCS aplican el término “necesarias” a medidas para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones. El Órgano de Apelación sostuvo que el término “leyes o regulaciones” en el artículo XX(d) del GATT se refiere a leyes o regulaciones nacionales.<sup>79</sup> El artículo XIV(b) del AGCS aplica al mismo asunto que el artículo XX(b) del GATT.

Si el artículo XX(b) no aplica a asuntos ambientales transnacionales o globales, las medidas dirigidas a tratar estos asuntos no se encuentran dentro del rango de políticas cubiertas por el artículo XX(b), a menos que se pudiera demostrar que las medidas también estén dirigidas a asuntos ambientales nacionales o de salud. Es posible que se aplique más de un párrafo en el artículo XX a diferentes aspectos de la misma medida.<sup>80</sup> Por lo tanto, algunas medidas ambientales pueden caracterizarse por estar dirigidas a cuestiones transnacionales y nacionales, permitiendo que se apliquen los dos párrafos. Esta cuestión de si la medida está dirigida a problemas nacionales o transnacionales es una pregunta de hecho. El alcance de los párrafos b y g es una pregunta de derecho.

Ahora que hemos analizado las interpretaciones judiciales del término “productos similares” y del artículo XX del GATT, analizaremos cómo esta jurisprudencia ha influido en la interpretación de disposiciones parecidas en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF y cómo podría influir en la interpretación del Acuerdo SMC.

---

<sup>76</sup> En el contexto del artículo XIV (a) del AGCS, el Órgano de Apelación estuvo en desacuerdo con el Grupo Especial sobre su conclusión de que el término ‘necesario’ implique un requerimiento de negociación. Ver el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Juegos de azar*, párrafos 308, 317 y 321. No obstante, las circunstancias en las que puede haber un requerimiento de negociación en el artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS no ha sido resuelto en la jurisprudencia de la OMC.

<sup>77</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 167-168.

<sup>78</sup> En efecto, limitando el objeto del párrafo (b) a preocupaciones nacionales resuelve la pregunta sobre si la limitación jurisdiccional es implícita en los párrafos (b) y (g).

<sup>79</sup> Informe del Órgano de Apelación, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (México – Impuestos sobre los refrescos)*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, párrafo 69.

<sup>80</sup> En el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen párrafo la importación, venta y distribución de bananos (CE – Banano III)*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 221, el Órgano de Apelación dictó que el GATT y el AGCS pueden aplicar diferentes aspectos a la misma medida.

#### IV. Obstáculos Técnicos al Comercio

El Acuerdo OTC entra en juego con respecto a algunas medidas ambientales. Cuando un Miembro alega que la medida viola tanto el Acuerdo OTC y el GATT de 1994, las alegaciones bajo aquél se examinan primero.<sup>81</sup> El preámbulo del Acuerdo OTC estipula que se pretende “promover la realización de los objetivos del GATT de 1994”. Mientras que el Órgano de Apelación ha indicado que el Acuerdo OTC “lo hace a través de un régimen especializado que aplica solamente a una clase limitada de medidas”,<sup>82</sup> la jurisprudencia también indica que los dos acuerdos aplican acumulativamente.<sup>83</sup> Marceau y Trachtman argumentan que la conformidad con los requerimientos más rigurosos del Acuerdo OTC deben crear una presunción de conformidad con el GATT. En particular, una regulación técnica que cumple con los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo OTC podría ser compatible con los artículos I, III y XX del GATT. Sin embargo, una medida puede ser justificable bajo el artículo XX del GATT y no cumplir con los requisitos del Acuerdo OTC.<sup>84</sup>

La determinación de si una medida es un “reglamento técnico” es una cuestión preliminar para que sea aplicable el Acuerdo OTC.<sup>85</sup> El término “reglamento técnico” se define en el Anexo 1.1 del Acuerdo OTC como un documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Según el Órgano de Apelación, un documento debe cumplir tres criterios para quedar comprendido en la definición de “reglamento técnico”. Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable. No obstante, el producto o grupo de productos identificable no tiene que estar expresamente identificado en el documento. Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto. Estas características del producto pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa. Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.<sup>86</sup>

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, la mayoría del Grupo Especial concluyó que una etiqueta basada en los PMP, que no afectan al producto como tal, era un reglamento técnico. Sin embargo, en este asunto el Grupo Especial estuvo dividido sobre la cuestión de si la etiqueta *dolphin safe* era obligatoria y, por lo tanto un reglamento técnico. Un panelista llegó a la conclusión de que no era obligatoria, porque el uso del etiquetado no era obligatorio para vender el producto en los Estados Unidos. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo que las medidas en litigio exigían la observancia obligatoria de las características

<sup>81</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas (CE – Sardinas)*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002.

<sup>82</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 80.

<sup>83</sup> Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas (CE – Sardinas)*, WT/DS231/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafos 7.15-7.16; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 313; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 204.

<sup>84</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 873-874.

<sup>85</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 59. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 175.

<sup>86</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 176. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 66-70.

de un producto o los procesos y métodos de producción prescritos.<sup>87</sup> La mayoría del Grupo Especial concluyó que la observancia era obligatoria para poder usar el etiquetado y, por tanto, se cumplió el tercer criterio.<sup>88</sup> La mayoría consideró que este caso era similar a la situación en el asunto *CE – Sardinias*. En aquel asunto, un reglamento de las Comunidades Europeas (CE) sobre las “conservas de sardinias” establecía que las conservas contuvieran únicamente sardinias de una especie indicada (*Sardina pilchardus*), con exclusión de las demás especies (entre ellas, *Sardinops sagax*). Era jurídicamente posible vender *Sardinops sagax* en el mercado de las CE, siempre que no se vendieran bajo la denominación “conservas de sardinias”. El Órgano de Apelación concluyó que la observancia del reglamento era “obligatoria” y que dicho reglamento era un “reglamento técnico”.<sup>89</sup> La mayoría también cito el informe del Grupo Especial en *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, donde había que cumplir con cierto requisito para usar una denominación y el Grupo Especial concluyó que era un requisito obligatorio. El Grupo Especial concluyó que estas resoluciones indican “que el mero hecho de que sea jurídicamente admisible que se ofrezca el producto en el mercado sin utilizar la denominación reglamentada por las medidas en litigio no impone la conclusión de que esas medidas no son “obligatorias” en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1, cuando las medidas efectivamente reglamentan de forma vinculante la utilización de la denominación”.<sup>90</sup>

En virtud del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. Si la categorización de los productos está, de hecho, basada en su origen, esto debería ser suficiente para probar que los productos son similares, de conformidad con la jurisprudencia de la OMC bajo los artículos I:1, III:2 y III:4 del GATT.<sup>91</sup>

Como se mencionó arriba, en el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial señaló que el término “productos similares” no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 “es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”, era pertinente para interpretar el artículo 2.1.<sup>92</sup> Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se

---

<sup>87</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.146-7.188.

<sup>88</sup> *Ibid*, párrafos 7.131-7.145.

<sup>89</sup> *Ibid*, párrafos 7.134-7.135.

<sup>90</sup> *Ibid*, párrafos 7.136-7.137.

<sup>91</sup> **III:2:** Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados (Argentina – Pieles y cueros)*, WT/DS155/R, adoptado el 16 de febrero de 2001, párr. 11.168-11.170; Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, arriba n 31, párr. 14.113; Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan al sector del automóvil (India – Automóviles)*, adoptado el 5 de abril de 2002, párr. 7.174; **III:4:** Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (Corea – Carne Vacuna)*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 627; **I:1:** Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas (Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE)*, WT/DS165/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 6.54.

<sup>92</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.223-7.224.

aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT.<sup>93</sup> Los productos que se había de comparar eran los productos de atún estadounidenses y los productos de atún mexicanos, así como los productos de atún originarios de cualquier otro país.<sup>94</sup> El Grupo Especial concluyó que: (1) las propiedades físicas son idénticas;<sup>95</sup> (2) tienen los mismos usos finales;<sup>96</sup> (3) los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos;<sup>97</sup> y (4) la clasificación arancelaria es idéntica.<sup>98</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares. También se mencionó arriba que el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* hizo un análisis parecido bajo estos criterios, pero considerando el impacto sobre la salud como más importante que la relación de competencia.<sup>99</sup>

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

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial determinó que la segunda frase del artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece dos requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos para no constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional: (1) deben tratar de alcanzar un objetivo legítimo; y (2) no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.<sup>100</sup> El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* también concluyó que la primera frase del artículo 2.2 no crea una obligación aparte y distinta de la que figura en la segunda.<sup>101</sup>

El Grupo Especial examinó la descripción de los objetivos de los Estados Unidos y de México, además de examinar la estructura y diseño de la medida.<sup>102</sup> Concluyó que la medida tenía dos objetivos: (1) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que

<sup>93</sup> *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

<sup>94</sup> *Ibid*, párrafo 7.233.

<sup>95</sup> *Ibid*, párrafo 7.243.

<sup>96</sup> *Ibid*, párrafo 7.244.

<sup>97</sup> *Ibid*, párrafo 7.250.

<sup>98</sup> *Ibid*, párrafo 7.245.

<sup>99</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*.

<sup>100</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.387.

<sup>101</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.330.

<sup>102</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.406.

cause efectos perjudiciales a los delfines; y (2) proteger a los delfines.<sup>103</sup> El artículo 2.2 del Acuerdo OTC proporciona una lista no exhaustiva de los objetivos legítimos de conformidad con esta disposición. Esta lista abarca la “prevención de prácticas que puedan inducir a error” y la “protección de...la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”. El Grupo Especial concluyó que los objetivos del etiquetado *dolphin safe* estaban incluidos en el ámbito de esas dos categorías de objetivos legítimos.<sup>104</sup>

El Grupo Especial señaló que, contrariamente a lo que ocurre en el caso del artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS, en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC el aspecto de la medida que ha de justificarse como “necesario” es su grado de restricción del comercio y no la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo. Por lo tanto, el término “necesario” de la segunda frase del artículo 2.2 significa que la restricción del comercio debe ser “requerida” para alcanzar el objetivo. Observó que esta cuestión es distinta de la del nivel de protección que el miembro trata de lograr en relación con su objetivo. El preámbulo del Acuerdo OTC deja claro que un Miembro tiene derecho a adoptar medidas “a los niveles que considere apropiados” para alcanzar un objetivo legítimo. Entonces, la evaluación de si cualquier grado de restricción del comercio resultante de las medidas en litigio es “necesario” debe entenderse como una indagación de si ese grado de restricción del comercio es requerido para alcanzar los objetivos legítimos que persigue el Miembro al nivel de protección que ha elegido.<sup>105</sup> Por lo tanto, para determinar si una medida restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del artículo 2.2, se debe evaluar la manera en que las medidas en litigio alcanzan sus objetivos y el grado en que lo hacen, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro, y comparar esto con una posible medida alternativa que entrañe una menor restricción del comercio y que lograría los objetivos que se trata de alcanzar con el reglamento técnico al nivel de protección elegido por el Miembro. Entonces, una medida restringiría el comercio más de lo necesario si estuviera razonablemente disponible una medida alternativa menos restrictiva del comercio que permitiera alcanzar al mismo nivel el objetivo de la medida impugnada.<sup>106</sup>

Además, el artículo 2.2 obliga al Grupo Especial tener en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa y los usos finales a que se destinen los productos. El Grupo Especial interpretó que este elemento del artículo 2.2 prescribe que considere tanto la probabilidad como la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue. Por lo tanto, un medio alternativo de alcanzar el objetivo que entrañara mayores “riesgos de no alcanzarlo” no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio.<sup>107</sup>

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC prevé una obligación positiva, no una excepción.<sup>108</sup> Por lo tanto, el reclamante (México), tenía la carga de demostrar que las medidas restringen el comercio más de lo necesario, incluyendo la identificación de una alternativa razonablemente disponible que pueda lograr el objetivo perseguido por la medida

---

<sup>103</sup> *Ibid*, párrafos 7.409-7.418.

<sup>104</sup> *Ibid*, párrafo 7.437.

<sup>105</sup> *Ibid*, párrafo 7.460.

<sup>106</sup> *Ibid*, párrafo 7.465.

<sup>107</sup> *Ibid*, párrafos 7.466-7.467.

<sup>108</sup> *Ibid*, párrafo 7.458.

impugnada al mismo nivel que la medida impugnada, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.<sup>109</sup> Dado que la medida de los Estados Unidos perseguía dos objetivos, el Grupo Especial analizó las alternativas para cada objetivo.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* concluyó que el análisis de necesidad en el artículo 2.2 no debe ser radicalmente distinto al análisis de la necesidad en el artículo XX(b) del GATT.<sup>110</sup> Dividió su análisis en tres partes: (1) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos; (2) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y (3) si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo que se persigue, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.<sup>111</sup>

En virtud del artículo 2.5, siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el artículo 2.2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio. En *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación se rehusó a leer en el artículo 3.2 del Acuerdo MSF una presunción opuesta que el no cumplir con normas internacionales lleva a una inferencia de no cumplimiento, así que las desviaciones de las normas internacionales no está prohibida.<sup>112</sup> Un acuerdo multilateral ambiental puede calificar como una norma internacional si la membresía está abierta a todos los miembros de la OMC. A diferencia del Acuerdo MSF, en el que los organismos internacionales de normas se han identificado de manera clara y exhaustible,<sup>113</sup> las organizaciones o cuerpos que pueden desarrollar normas dentro de la definición del Anexo 1 del Acuerdo OTC no están identificadas. Sobre esta base, se puede argumentar que un acuerdo ambiental con una membresía cuasi universal puede desarrollar estándares internacionales que pueden estar dentro del alcance del Acuerdo OTC.<sup>114</sup>

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial concluyó que la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) constituye una norma internacional pertinente<sup>115</sup>. El Acuerdo OTC no define el término “norma internacional”. De acuerdo con el Anexo 1, como no hay una definición concreta de ese término, debe entenderse que la expresión “norma internacional” tiene en el Acuerdo OTC el mismo significado que en la Guía 2 de la ISO/CEI, que la define como una “[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público”. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que una “norma internacional” está integrada por tres elementos: (1) una norma; (2) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización;

<sup>109</sup> *Ibid*, párrafo 7.468.

<sup>110</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.358-7.361.

<sup>111</sup> *Ibid*, párrafos 7.370-7.432.

<sup>112</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 811–881, 842.

<sup>113</sup> CODEX, OIE, IPPC – ver Acuerdo MSF, Anexo A.

<sup>114</sup> Sobre esta cuestión, véase, *TBT Committee Decision on Principles for the development of international standards, guides and recommendations with relation to Article 2, 5 and Annex 3 of the Agreement*. Dicho documento puede ser informativo aunque su naturaleza es una Decisión del Comité OTC de la OMC (sección B del Anexo a la Parte I).

<sup>115</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.707.

y (3) puesta a disposición del público.<sup>116</sup> También concluyó que el término “norma” utilizado en la definición de “norma internacional” en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse como se define en la propia Guía de la ISO/CEI: un “documento establecido por consenso y aprobado por una institución reconocida que prevea, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, destinadas a lograr el grado óptimo de orden en un determinado contexto”.<sup>117</sup> Concluyó que la definición de *dolphin safe* en la Resolución del APICD sobre el seguimiento y verificación del atún a que se hace referencia en la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe* prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características en relación con la pesca de atún y los productos de atún. Por ende, constituye una “norma” a los fines del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.<sup>118</sup> Hay un fuerte vínculo institucional entre el APICD y la Comisión Internacional de Atún Tropical (CIAT), porque todos los Estados partes en el APICD son miembros de la CIAT (con excepción de Honduras). De preferencia, hacen las reuniones anuales de ambos juntos. Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las partes en el APICD, cuando actúan dentro del marco institucional de la CIAT, constituyen una “organización” a los fines de la aplicación del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.<sup>119</sup> También concluyó que el APICD tiene “actividades reconocidas en el ámbito de la normalización” y por consiguiente constituye un “organismo con actividades de normalización”.<sup>120</sup> La participación en el APICD está abierta, sobre una base no discriminatoria, a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC, de acuerdo con el principio de apertura descrito en la Decisión del Comité OTC. Por lo tanto, puede considerarse una “organización internacional con actividades de normalización” según la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI.<sup>121</sup> Finalmente, la definición y la certificación *APICD dolphin safe* se ponen a disposición del público.<sup>122</sup> Además, la definición y la certificación de atún APICD *dolphin safe* son “pertinentes” para la medida estadounidense.<sup>123</sup>

En virtud del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

El artículo 2.4 se aplica a los reglamentos técnicos que existían antes del 1 enero de 1995, además de la elaboración y adopción de los reglamentos técnicos después de esa fecha.<sup>124</sup> Con arreglo al artículo 2.4 del Acuerdo OTC, los Miembros pueden apartarse de una norma internacional pertinente en caso de que sea “un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos” por ese Miembro por medio del reglamento técnico. No existe una relación “regla general-excepción” entre la primera y la

---

<sup>116</sup> *Ibid*, párrafos 7.663-7.664.

<sup>117</sup> *Ibid*, párrafos 7.670-7.672.

<sup>118</sup> *Ibid*, párrafo 7.677.

<sup>119</sup> *Ibid*, párrafo 7.684.

<sup>120</sup> *Ibid*, párrafo 7.687.

<sup>121</sup> *Ibid*, párrafos 7.691-7.692.

<sup>122</sup> *Ibid*, párrafo 7.695.

<sup>123</sup> *Ibid*, párrafo 7.702.

<sup>124</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 205-208 y 215.

segunda parte del artículo 2.4. Por lo tanto recae en el Miembro reclamante que solicita una resolución sobre la incompatibilidad de un reglamento técnico con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC la carga de probar su alegación. Esa carga comprende la necesidad de acreditar que una norma internacional pertinente no se ha utilizado “como base del reglamento técnico, así como acreditar que la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los “objetivos legítimos” que persigue el reglamento técnico”.<sup>125</sup> No se requiere consenso para que una norma adoptada por la comunidad internacional de normalización sea una “norma internacional pertinente”.<sup>126</sup>

Como se notó arriba, en el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial concluyó que la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) constituye una norma internacional pertinente<sup>127</sup>. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión “*dolphin safe*” en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.<sup>128</sup> Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterados de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.<sup>129</sup> Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.<sup>130</sup>

Es poco probable que el artículo XX del GATT pueda justificar directamente una violación del Acuerdo OTC. El texto del Acuerdo OTC ya incorpora lenguaje del párrafo b y de la cláusula introductoria del artículo XX. El sexto párrafo del preámbulo del acuerdo OTC usa los mismos términos que el artículo XX de la cláusula introductoria y párrafo XX(b). El lenguaje de la cláusula introductoria puede ser usado como contexto para interpretar la obligación en su primer frase del artículo 2.2 en que las regulaciones técnicas no se “apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional”. El preámbulo del Acuerdo OTC no contiene un lenguaje comparable a los términos usados en el artículo XX(g) del GATT. La

<sup>125</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 274-275.

<sup>126</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 222-223.

<sup>127</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.707.

<sup>128</sup> *Ibid*, párrafos 7.729-7.731.

<sup>129</sup> *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.

<sup>130</sup> *Ibid*, párrafo 7.740.

incorporación de un lenguaje específico en el Acuerdo OTC, en lugar de incorporar disposiciones específicas del artículo XX del GATT, sugiere que este último no aplica al primero.

Sin embargo, la jurisprudencia sobre el artículo III del GATT fue pertinente para interpretar el término “productos similares” en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y la jurisprudencia sobre el artículo XX(b) del GATT fue pertinente para interpretar el término “necesario” en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Esta jurisprudencia sobre el Acuerdo OTC también podría ser pertinente para la interpretación del GATT. Aquí hay otro buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

## V. Medidas sanitarias y fitosanitarias

Muchas medidas sanitarias y fitosanitarias tienen como fin la protección del medio ambiente. El primer párrafo del preámbulo del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF) reafirma que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT y establece el objetivo fundamental del Acuerdo MSF. En virtud del artículo 1.1, el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional, con inclusión de las medidas ya existentes antes del 1 de enero de 1995.<sup>131</sup> El Anexo A del Acuerdo MSF define el término “medida sanitaria o fitosanitaria”. Es importante notar que esta definición se limita a las MSF para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *en el territorio del Miembro*. Por lo tanto, excluye las medidas que tengan como propósito proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *fuera del territorio del Miembro*. No obstante, las MSF pueden comprender procesos y métodos de producción y el transporte fuera del territorio del Miembro mientras el fin es la protección dentro de su territorio. De esta manera, el Acuerdo MSF resuelve una cuestión no resuelta en el artículo XX(b) del GATT: si existe un límite jurisdiccional sobre el alcance de las medidas que pueden justificarse en esta excepción.

La determinación del nivel adecuado de protección es una prerrogativa del Miembro.<sup>132</sup> Sin embargo, es el nivel adecuado de protección el que determina la medida sanitaria o fitosanitaria que ha de establecerse o mantenerse, y no la medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida la que determina el nivel adecuado de protección.<sup>133</sup> No hay obligación de determinar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos. Sin embargo, un Miembro importador no puede determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF resulte imposible. Por consiguiente, en caso de que un Miembro no determine su nivel adecuado de protección, o no lo haga con la suficiente precisión, los grupos especiales

---

<sup>131</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 128.

<sup>132</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 199.

<sup>133</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 203.

pueden establecer el nivel adecuado de protección tomando como base el nivel de protección que refleja la medida sanitaria o fitosanitaria efectivamente aplicada.<sup>134</sup>

Hay un debate importante sobre la deferencia que los grupos especiales o el Órgano de Apelación deben mostrar en virtud del Acuerdo MSF. No deben sustituir su propia interpretación de la evidencia científica ni hacer su propio análisis del riesgo.<sup>135</sup> Sin embargo, Guzman argumenta que deben mostrar mayor deferencia a las decisiones de los Miembros en cuestiones de evaluación de la ciencia, el nivel de riesgo que un Miembro está dispuesto a tolerar y la relación entre la evaluación de riesgo y la medida en litigio. Más bien, el análisis sustantivo de los grupos especiales y del Órgano de Apelación debe limitarse a la conducta de los Miembros relativa a los requisitos procesales y sobre la transparencia, y la prohibición de la discriminación arbitraria o injustificable, las restricciones encubiertas del comercio internacional y las medidas que son más restrictivos al comercio de lo necesario.<sup>136</sup>

Si se alega que la medida en litigio es una MSF, el análisis basado en el Acuerdo MSF debe preceder a cualquier examen basado en el GATT.<sup>137</sup> El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó “que el Acuerdo MSF detalla y, por consiguiente, explica más detenidamente las disposiciones del artículo XX(b) cuando se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias”.<sup>138</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que una MSF, cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha constatado, no puede justificarse de conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994.<sup>139</sup> No obstante, no está resuelta la cuestión de si es posible invocar el artículo XX del GATT para justificar una violación del Acuerdo MSF. Mientras podría ser difícil justificar la violación de los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF bajo el artículo XX(b), esto no significa que no sería posible justificar tales violaciones bajo otra excepción del artículo XX, como el párrafo (a) (moral pública). Sin embargo, uno también podría concluir que la incorporación del lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT demuestra una intención de no permitir la invocación del artículo XX del GATT para justificar una medida que es inconsistente con el Acuerdo MSF.

Una cuestión no resuelta es si distintos aspectos de una medida podrían estar sujetos a las obligaciones del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC.<sup>140</sup> El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó que una medida puede estar sujeta simultáneamente a las obligaciones del Acuerdo MSF y del GATT. No obstante, concluyó que la medida no podía justificarse bajo el artículo XX(b) del GATT por ser inconsistente con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF. En ese caso, la medida fue, a la vez, una MSF y una medida presupuestaria. Además, la medida fue inconsistente con las obligaciones del Acuerdo MSF y las obligaciones del GATT. En caso de que una medida fuese inconsistente

<sup>134</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafos 206-207.

<sup>135</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 194 e Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas*, párrafo 8.32.

<sup>136</sup> Andrew Guzman, “Dispute Resolution in SPS Cases”, en Horowitz, Moulis & Steger (eds.), *Ten Years of WTO Dispute Settlement*, International Bar Association, 2007.

<sup>137</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.66-7.69. Véanse también Informe del Grupo Especial, *CE – Sardinias*, párrafos 7.15-7.16 e Informe del Órgano de Apelación, *CE – Bananos III*, párrafo 204.

<sup>138</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.479.

<sup>139</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.481.

<sup>140</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 865 y 877.

con el Acuerdo MSF y consistente con las obligaciones del GATT, es poco probable que la consistencia de la medida con el GATT pudiera curar la inconsistencia con el Acuerdo MSF.<sup>141</sup> ¿Cuál sería el resultado si una medida tuviera, a la vez, elementos sanitarios o fitosanitarios y elementos de un obstáculo técnico al comercio?

Un principio fundamental de la interpretación de los tratados que se desprende de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena es el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*). En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación señaló que “uno de los corolarios de la ‘regla general de interpretación’ de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado”.<sup>142</sup> Entonces, no se puede adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o la inutilidad.<sup>143</sup> Hay que interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.<sup>144</sup> En el derecho público internacional, hay una presunción contra el conflicto entre obligaciones jurídicas internacionales.<sup>145</sup> Entonces, hay que interpretar los acuerdos de la OMC en su conjunto, para evitar el conflicto entre las reglas en distintos acuerdos de la OMC, donde sea posible.<sup>146</sup> Los derechos y las obligaciones de los acuerdos de la OMC aplican de manera cumulativa a menos que no se pueda aplicar una disposición porque entra en conflicto con otra disposición o porque la otra disposición constituye *lex specialis*.<sup>147</sup> Estas normas serían aplicables para resolver cuestiones sobre la relación entre el Acuerdo MSF y los demás acuerdos abarcados de la OMC.

En virtud del artículo 2.1, los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo MSF. En el contexto del apartado (b) del artículo XX del GATT, la jurisprudencia ha desarrollado un análisis para determinar si una medida es “necesaria”. Sin embargo, a diferencia del GATT, el Acuerdo MSF establece reglas detalladas para determinar el nivel adecuado de protección, basado en testimonios científicos suficientes y con arreglo a una evaluación de riesgo. Por consiguiente, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es necesaria debe determinarse primero con arreglo a las disposiciones del Acuerdo MSF.<sup>148</sup> No obstante, la jurisprudencia sobre el apartado (b) del artículo XX del GATT es una fuente de útiles orientaciones en la interpretación del Acuerdo MSF, dado la referencia al apartado (b) del artículo XX del GATT en el

---

<sup>141</sup> *Ibidem*. Marceau y Trachtman dan el ejemplo de una medida MSF que es inconsistente con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF porque no se basa en una evaluación de riesgo, pero que no es discriminatoria en los términos de los artículos I y III del GATT.

<sup>142</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

<sup>143</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 23.

<sup>144</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81. Véanse también los informes del Órgano de Apelación en: *Estados Unidos – Ropa interior*, página 17; *Canadá – Productos lácteos*, párrafo 133; *Argentina – Calzado (CE)*, párrafo 81; *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 338; *Estados Unidos – Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 271; y *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, párrafo 549.

<sup>145</sup> Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Autos*, párrafo 14.28. Véase también Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 240.

<sup>146</sup> Véase Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala – Cemento*, párrafo 65.

<sup>147</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 867.

<sup>148</sup> Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239.

preámbulo del Acuerdo MSF y dado que los dos acuerdos deben interpretarse de una manera armoniosa.<sup>149</sup> En virtud del principio de efecto útil, se debe interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.<sup>150</sup>

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el artículo 5.7. El requisito de los “testimonios científicos suficientes” del artículo 2.2, junto con el requisito de una evaluación del riesgo en el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, son esenciales para mantener el equilibrio en el Acuerdo MSF entre los objetivos de promover el comercio internacional y de proteger la vida y la salud de los seres humanos.<sup>151</sup> El artículo 5.1 es una aplicación específica de las obligaciones básicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, y estas dos disposiciones se deben leer constantemente juntas.<sup>152</sup> Una prohibición de las importaciones que viola el artículo 5.1 también es incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF.<sup>153</sup>

En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial concluyó como cuestión de hecho que no era probable que las manzanas puedan servir como vía para la entrada, radicación o propagación de una enfermedad del manzano en el Japón. El Grupo Especial contrastó el alcance del riesgo y la naturaleza de los elementos que componían la medida, y concluyó que ésta era “claramente desproporcionada con respecto al riesgo identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles”. Por esa “clara desproporción” concluyó que no existía una “relación racional u objetiva” entre la medida y los testimonios científicos pertinentes, y por ello la medida se mantenía sin “testimonios científicos suficientes” en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación consideró que el criterio aplicado por el Grupo Especial no agotaba la gama de metodologías disponibles para determinar si una medida se mantiene “sin testimonios científicos suficientes”. No obstante, concluyó que la metodología adoptada por el Grupo Especial era adecuada, dadas las circunstancias específicas del caso.<sup>154</sup>

En el contexto del artículo XX(b) del GATT, no hay una cuestión de proporcionalidad en el análisis de si una medida es necesaria. El artículo 2.2 del Acuerdo MSF también tiene un requisito de necesidad, en la aplicación de la medida. Sin embargo, el artículo 2.2 agrega el requisito adicional de no mantener una medida sanitaria o fitosanitaria sin testimonios científicos suficientes. En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial introdujo un análisis de proporcionalidad como parte de este requisito. No obstante, no queda muy claro cómo se puede reconciliar la ausencia de un requisito de proporcionalidad en el análisis de necesidad con su presencia dentro del mismo artículo 2.2.

---

<sup>149</sup> En el asunto *CE – Amianto*, en el contexto del apartado (b) del artículo XX, el Órgano de Apelación consideró que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos era vital y de la máxima importancia. La determinación de si una medida era “necesaria” tenía que tener en cuenta el nivel de protección deseado, dado que los miembros de la OMC tienen el derecho de determinar el nivel de protección a la salud humana que consideran adecuada y no hay que cuantificar el riesgo que representa un producto. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 167-168 y 172.

<sup>150</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81.

<sup>151</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177.

<sup>152</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 180.

<sup>153</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 138.

<sup>154</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafos 163-164.

El lenguaje del artículo 2.2 del Acuerdo MSF refleja el lenguaje que se utiliza en el apartado (b) del artículo XX del GATT. Además, en virtud del artículo 2.4 del Acuerdo MSF, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado (b) del artículo XX. Dado la similitud entre el lenguaje de los párrafos 2.2, 2.3 y 2.4 del Acuerdo MSF y el apartado (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT, la jurisprudencia sobre estas disposiciones del GATT sería pertinente para la interpretación de estas disposiciones del Acuerdo MSF. Sin embargo, hay que tener en cuenta las diferencias entre el contexto de los artículos del GATT y el contexto de los artículos del Acuerdo MSF para determinar hasta qué punto la jurisprudencia del GATT es aplicable.<sup>155</sup> El artículo 2.2 expresa una obligación, mientras que el artículo XX del GATT se trata de excepciones. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Además, el artículo 2.2 habla de la aplicación de la medida, sin indicar hasta qué punto la sustancia de la medida es pertinente. En contraste, en el artículo XX(b) del GATT, el análisis se trata de la sustancia de la medida y su aplicación se considera en el preámbulo del artículo XX.<sup>156</sup>

En virtud del artículo 2.3 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT y del artículo XIV del AGCS.

En el asunto *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, el Grupo Especial consideró que es necesario probar tres elementos cumulativos para establecer una violación del artículo 2.3: (1) la medida discrimina entre los territorios de los otros Miembros, o entre el territorio del Miembro que impone la medida y el territorio de otro Miembro; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) prevalezcan condiciones idénticas o similares en el territorio del otro Miembro comparado.<sup>157</sup> Además, el artículo 2.3 del Acuerdo MSF prohíbe la discriminación no sólo entre productos similares, sino también entre productos diferentes (en ese caso, entre diferentes tipos de pescado).<sup>158</sup> El artículo 2.3 difiere de las disposiciones de la no discriminación de los artículos I y III del GATT en este sentido.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial observó que, según el Órgano de Apelación, las constataciones relativas al sentido corriente de la expresión “arbitrario o injustificable” en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes y sirven de orientación para la interpretación de la expresión “discriminación arbitraria o injustificable” en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF.<sup>159</sup> Sin

---

<sup>155</sup> Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239, donde el Órgano de Apelación consideró que la jurisprudencia sobre el artículo III y el preámbulo del artículo XX del GATT no se podía aplicar al artículo 5.5 del Acuerdo MSF sin tomar en cuenta las estructuras diferentes de los dos acuerdos.

<sup>156</sup> Véase Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 834.

<sup>157</sup> Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.111 e Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.317

<sup>158</sup> Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.112.

<sup>159</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.268-7.269.

embargo, mientras el artículo 2.3 incorpora lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT, el artículo 2.3 es una obligación positiva, mientras que el artículo XX es una excepción. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Entonces, surge la cuestión de si el lenguaje en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF debe interpretarse menos estrictamente que el mismo lenguaje en el artículo XX del GATT.

El artículo 3 del Acuerdo MSF establece tres opciones para establecer una medida sanitaria o fitosanitaria: (1) “basada en” una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente; (2) “en conformidad con” normas, directrices o recomendaciones internacionales (en cuyo caso se presume compatible con el Acuerdo MSF y el GATT); o (3) establecer su propio nivel de protección sanitaria, superior al que implica la norma internacional, siempre que cumpla determinados requisitos.

El Anexo A del Acuerdo MSF define “normas, directrices y recomendaciones internacionales” como las de la Comisión del Codex Alimentarius (en materia de inocuidad de los alimentos), de la Oficina Internacional de Epizootias (en materia de sanidad animal y zoonosis) y de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (en materia de preservación de los vegetales).

En virtud del artículo 3.1 del Acuerdo MSF, todo Miembro puede optar por establecer una medida sanitaria o fitosanitaria que esté basada en una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente. Tal medida puede adoptar algunos de los elementos, aunque no necesariamente todos, de la norma internacional. La carga de mostrar que existe presunción de incompatibilidad con el artículo 3.1 o cualquier otro artículo pertinente del Acuerdo MSF o del GATT sigue con el Miembro demandante.<sup>160</sup>

En virtud del artículo 3.2, se considerará 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 Acuerdo MSF y del GATT. La decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba especial o generalizada.<sup>161</sup> Estar “en conformidad con” no significa lo mismo que estar “basadas en”.<sup>162</sup> En virtud del artículo 3.2, todo Miembro puede decidir promulgar una medida sanitaria o fitosanitaria que esté en conformidad con una norma internacional. Esa medida incorporará la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna. Tal medida goza del beneficio de una presunción (aunque rebatible) de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT.<sup>163</sup>

En virtud del artículo 3.3, los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o

---

<sup>160</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 171.

<sup>161</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 102.

<sup>162</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 166. En el contexto del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró que una norma internacional se utiliza “como base” de un reglamento técnico cuando se la utiliza como componente principal o principio fundamental a los fines de dictar el reglamento y que debe existir una vinculación muy firme y muy estrecha entre dos cosas párrafo que pueda decirse que una constituye “la base de” la otra. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 243-245.

<sup>163</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 170.

recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. En virtud de la nota al pie 2, a los efectos del artículo 3.3, existe una justificación científica si, sobre la base de un examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, un Miembro determina que las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

Según el Órgano de Apelación, el artículo 3.3 reconoce el derecho autónomo del Miembro de establecer ese nivel más elevado de protección, siempre que el Miembro cumpla determinados requisitos al adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para alcanzar ese nivel.<sup>164</sup> El nivel adecuado de protección en ese Miembro puede ser superior al que implica la norma internacional. El derecho de un Miembro a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria no es una excepción de la obligación general del artículo 3.1.<sup>165</sup>

Si una MSF está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, se aplica el artículo 3.1. Si no está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, porque el Miembro quiere lograr un nivel de protección más elevado, se aplica el artículo 3.3. Entonces, la cuestión clave es si la MSF está basada en esas normas o no.<sup>166</sup>

El artículo 3.3 pretende cubrir dos situaciones. Estas son el establecimiento o el mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección más elevado (1) si existe una justificación científica o (2) si ello es consecuencia del nivel de protección que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. En ambas situaciones las medidas que representen un nivel de protección diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. La expresión “ninguna otra disposición” del Acuerdo MSF incluye el artículo 5. Además, la nota al pie 2 define la “justificación científica” como un “examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes” del Acuerdo MSF. Ese examen y evaluación parecen participar de la naturaleza de la evaluación del riesgo exigida en el artículo 5.1 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.<sup>167</sup> Por lo tanto, el artículo 3.3 exige a los Miembros cumplir las prescripciones del artículo 5.1.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 104.

<sup>165</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 172-173.

<sup>166</sup> Véase Broude, Tomer, “Genetically Modified Rules: The Awkward Rule-Exception-Right Distinction and EC-Biotech”, *World Trade Review*, 6(2), 215, 2007.

<sup>167</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 175.

<sup>168</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177. El artículo 5 se analiza en detalle en Condon, Bradly, “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”, 2011, [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/archivos/educacion/Monografia\\_MSF.pdf](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_MSF.pdf).

En virtud del artículo 5.6, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. En virtud de la nota al pie 3 del Acuerdo MSF, a los efectos del artículo 5.6, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Para establecer una infracción del artículo 5.6, el reclamante tiene que satisfacer tres condiciones acumulativas, demostrando que hay una medida alternativa: (1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; (2) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria; y (3) que es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.<sup>169</sup>

Los requisitos del artículo 5.6 son parecidos al análisis que la jurisprudencia del GATT y de la OMC ha aplicado al concepto de necesidad en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XX del GATT y en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó como funciona la carga de prueba en el contexto del párrafo (a) del artículo XIV del AGCS. En el contexto de las excepciones generales del GATT y del AGCS, el demandado no tiene que probar un negativo; es decir, no tiene que probar que no existen alternativas a la medida que ha adoptado. El demandado debe demostrar que su medida es “necesaria” para lograr los objetivos del párrafo específico. Es decir, no necesita identificar el conjunto de medidas alternativas menos restrictivas del comercio y después demostrar que ninguna de ellas logra el objetivo perseguido.<sup>170</sup> En el artículo 5.6 del Acuerdo MSF, el análisis de si hay otra medida razonablemente disponible funciona de la misma manera. Es decir, el demandante tiene la carga de la prueba para establecer que hay otra medida razonablemente disponible que cumpla con los tres elementos cumulativos. Una vez que el demandante haya establecido esto, el demandado tiene que probar porque la otra medida no cumple con los tres elementos cumulativos. Entonces, aunque el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son excepciones, y el artículo 5.6 es una obligación, la carga de la prueba funcionará de la misma manera.

Los criterios para analizar la necesidad en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son: (1) la “importancia relativa” de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada; (2) la contribución de la medida al logro de los fines que persigue; (3) la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional; y (4) si el Miembro interesado tiene razonablemente a su alcance una medida alternativa para lograr su fin y que sea compatible o menos incompatible con las obligaciones de la OMC.<sup>171</sup> Parece que el

<sup>169</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 194. Véanse también, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 95 e Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafo 8.182. Véase también Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 7.1098 e Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 337.

<sup>170</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 309.

<sup>171</sup> Véanse los Informes del Órgano de Apelación en los asuntos *CE – Amianto*; *Corea – Carne vacuna*; *Estados Unidos – Juegos de azar*, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*.

artículo 5.6 no contenga dos elementos del análisis de necesidad que se lleva a cabo en las excepciones generales del artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS: la importancia del valor protegido y la contribución de la medida al fin perseguido.<sup>172</sup> No obstante, la importancia del valor protegido por los MSF es implícita. Este criterio surge de la jurisprudencia y la misma jurisprudencia ha identificado la protección de la salud y la vida humana como vital y de la máxima importancia.<sup>173</sup> En el asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Grupo Especial, en el contexto del artículo XX(b) del GATT, concluyó que la protección del medio ambiente no es menos importante (es decir, la protección de la salud y la vida de los animales y la preservación de los vegetales).<sup>174</sup> El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que la protección del medio ambiente es un valor importante.<sup>175</sup> El criterio de la contribución de la medida también es implícito. La cuestión de si hay una MSF alternativa con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro implica una comparación de la contribución de la MSF en litigio con la MSF alternativa.

En virtud del artículo 5.7, cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

El artículo 5.7 del Acuerdo MSF constituye una exención cualificada de la obligación del artículo 2.2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes.<sup>176</sup> Establece que un Miembro puede adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional si se cumplen cuatro requisitos:

- (1) se impone con respecto a una situación “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”;
- (2) es adoptada “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”;
- (3) el Miembro trata de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y
- (4) el Miembro revisa en consecuencia la medida en un plazo razonable.

Esos cuatro requisitos son acumulativos y son igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con esta disposición. Cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el artículo 5.7.<sup>177</sup>

La evaluación de si “los testimonios científicos pertinentes son insuficientes” no debe realizarse en abstracto, sino a la luz de una investigación específica. Los testimonios científicos pertinentes serán insuficientes en el sentido del artículo 5.7 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el artículo 5.1 y como se

---

<sup>172</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 834 y 856.

<sup>173</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.

<sup>174</sup> Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.108.

<sup>175</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.

<sup>176</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 80.

<sup>177</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 89.

define en el Anexo A del Acuerdo MSF.<sup>178</sup> La aplicación del artículo 5.7 no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino por la insuficiencia de testimonios científicos.<sup>179</sup>

Existe un debate importante sobre la naturaleza del artículo 5.7. En el asunto *Japón – Productos agrícolas II*, el Grupo Especial asignó la carga de la prueba bajo el artículo 5.7 al demandante.<sup>180</sup> En el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial consideró que el artículo 5.7 contiene un derecho autónomo, no una excepción, y por tanto el demandante tenía la carga de la prueba.<sup>181</sup> Tomer Broude ha sugerido que los artículos 5.1 y 5.7 son obligaciones alternativas que constituyen aplicaciones específicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El artículo 5.1 es aplicable cuando existen testimonios científicos suficientes para hacer una evaluación adecuada de los riesgos y el artículo 5.7 es aplicable cuando no existen testimonios científicos suficientes para ese fin.<sup>182</sup>

El Acuerdo MSF no estipula requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma. Mientras el artículo 5.7 no especifica qué resultados en cuanto a los hechos deben alcanzarse para cumplir con la obligación de “tratar de obtener” información adicional, debe tratarse de obtener información adicional a fin de permitir a los Miembros realizar “una evaluación más objetiva del riesgo”. Por consiguiente, la información buscada debe permitir efectuar esa evaluación del riesgo.<sup>183</sup> El contexto de la primera frase del artículo 5.7 indica que el término “información pertinente” es más amplio que el término “testimonios científicos pertinentes”. De un lado, se ha sugerido que podría incluir las deliberaciones públicas y otras fuentes de información sobre los valores públicos relativos al riesgo bajo consideración.<sup>184</sup> De otro lado, se ha sugerido que los argumentos basados en el proceso democrático son incompatibles con tratados vinculantes; por lo tanto, sería preferible tener en cuenta los valores públicos bajo la excepción para las medidas necesarias para proteger la moral pública en el artículo XX(a) del GATT.<sup>185</sup>

Lo que se entiende por “plazo razonable” debe determinarse caso por caso y en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria.<sup>186</sup> Se ha sugerido que los procesos nacionales para la evaluación de riesgos deben tenerse en cuenta para determinar un plazo razonable, incluyendo el tiempo que se necesita para permitir la participación pública en el proceso.<sup>187</sup>

En el asunto *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró la aplicabilidad del principio de cautela. Después de notar que la condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate, consideró innecesario tomar posición sobre esta cuestión. Sin embargo, notó que ese principio no había sido incluido en

<sup>178</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 179.

<sup>179</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 184.

<sup>180</sup> Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 8.13 & 8.58.

<sup>181</sup> Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.2969.

<sup>182</sup> Véase Broude, Tomer, *op. cit.*, nota 166.

<sup>183</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 92.

<sup>184</sup> Winickoff et al., “Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law”, *Yale Journal of International Law*, 30, 81, 2005, p. 114.

<sup>185</sup> Gareth T. Davies, “Morality Clauses and Decision-Making in Situations of Scientific Uncertainty: The Case of GMOs”, *World Trade Review*, 6(2), 249, 2007.

<sup>186</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 93.

<sup>187</sup> Winickoff et al., *op. cit.*, p. 114.

el texto del Acuerdo MSF como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en las disposiciones del Acuerdo. Además, consideró que el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el artículo 5.7, en el sexto párrafo del preámbulo y en el artículo 3.3 del Acuerdo MSF. También consideró que se debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos. No obstante, el Órgano de Apelación consideró que el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios de derecho internacional consuetudinario normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF. Concluyó que el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF.<sup>188</sup>

La relación entre el GATT y el Acuerdo MSF es compleja, y el último utiliza varios términos que también se utilizan en el primero. Por esto, la jurisprudencia sobre el GATT ha sido pertinente para interpretar varios términos en el Acuerdo MSF. Por la misma razón, la jurisprudencia sobre el Acuerdo MSF también podría ser pertinente para la interpretación del GATT. Aquí hay otro buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

## VI. Subvenciones Ambientales

Las subvenciones ambientales se regulan en el GATT de 1994, el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC. El Acuerdo SMC se aplica de manera acumulativa con los Artículos VI y XVI del GATT. Si las subvenciones ambientales se aplican a los bienes agrícolas, puede aplicarse el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura o ambos. En general, los grupos especiales aplican el acuerdo más específico en comercio de bienes antes del GATT, debido a que la disposición del acuerdo más específico prevalece en una situación de conflicto.<sup>189</sup> Sin embargo, el Acuerdo SMC no descarta una acción "al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda".<sup>190</sup> Además, mientras que las medidas relacionadas con las subvenciones agrícolas se analizan primero bajo el Acuerdo sobre la Agricultura,<sup>191</sup> algunas están sujetas a las disciplinas del Acuerdo SMC también.

Una subvención a la exportación que viola los Artículos 3.3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura también viola el Artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC.<sup>192</sup> Sin embargo, parece menos probable que una subvención a la exportación que cumpla con el Acuerdo sobre la Agricultura pudiera impugnarse bajo el Artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Dado que el primer acuerdo permite ciertas subvenciones a la exportación, y el último prohíbe todas las subvenciones a la exportación, parece que hay un conflicto.<sup>193</sup> En caso de conflicto, las

---

<sup>188</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 123-125.

<sup>189</sup> Nota interpretativa general al Anexo 1A.

<sup>190</sup> Acuerdo SMC, nota 56.

<sup>191</sup> Acuerdo SMC, Artículo 3.1.

<sup>192</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón Americano (Upland)*, WT/DS176/AB/R, adoptado 21 de Marzo 2005, párrafos 582-584.

<sup>193</sup> En esta situación, hay un conflicto de normas en el sentido que el ejercicio de derechos bajo una norma constituye una violación bajo otra norma. Ver Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 145, p. 275.

disposiciones más específicas del Acuerdo sobre la Agricultura deben prevalecer.<sup>194</sup> A diferencia, si los Miembros de la OMC cumplen con sus obligaciones sobre el apoyo nacional de acuerdo con los compromisos del Acuerdo a la Agricultura, éstos podrían seguir violando el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC si las subvenciones son supeditadas al empleo de productos nacionales.<sup>195</sup>

Las subvenciones también están sujetas a la Parte III (subvenciones recurribles) y Parte V (medidas compensatorias) del Acuerdo SMC. Las subvenciones agrícolas también están sujetas a estas partes del Acuerdo SMC.<sup>196</sup> Así, las subvenciones ambientales podrían estar sujetas a acción multilateral bajo la Parte III o acción unilateral bajo la parte V.

Además de las subvenciones más obvias, los impuestos pueden estructurarse de manera que violen las disposiciones del Acuerdo SMC (por ejemplo, un trato fiscal diferente a productos "que no dañan el medio ambiente"). Dado que el Acuerdo SMC y el artículo III:2 del GATT no se excluyen mutuamente, estas medidas pueden estar sujetas a ambas series de obligaciones. Estas obligaciones se pueden aplicar de manera cumulativa a los diferentes aspectos de la misma medida.<sup>197</sup> La misma lógica se aplicaría a la relación entre el Acuerdo SMC y el artículo I:1 del GATT. Además, las medidas que supeditan el acceso a las subvenciones al uso de los insumos nacionales pueden ser inconsistentes tanto con el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC y el artículo III:4 del GATT.<sup>198</sup>

El Acuerdo SMC sólo aplica a la medida si ésta constituye una subvención de acuerdo con la definición del artículo 1.1 del Acuerdo SMC. Una 'contribución financiera' y un 'beneficio' son dos elementos jurídicos distintos en el artículo 1.1, que juntos determinan si existe una subvención.<sup>199</sup> La diferente aplicación de los impuestos podría constituir una "contribución financiera de un gobierno" de acuerdo con la definición del artículo 1.1(a)(1)(ii). Los dos casos principales sobre este punto constataron que existía una subvención de acuerdo con el artículo 1.1(a)(1)(ii) del Acuerdo SMC en las situaciones siguientes: (1) un trato diferente en los impuestos sobre la renta de las ventas nacionales e internacionales (*Estados Unidos – EVE*) y (2) una exención al pago de un derecho de importación NMF que de lo contrario aplicaría a la importación de las autopartes, condicionada a los requisitos de producción nacional (*Canadá – Automóviles*).

De acuerdo con el Órgano de Apelación, el simple hecho que los ingresos públicos no "se percibirían", desde una perspectiva fiscal, no determina que estos ingresos son o no son

<sup>194</sup> Acuerdo sobre la Agricultura, Artículo 21.1. No todos están de acuerdo con esta conclusión. Sin embargo, la inconsistencia entre dos acuerdos es tal que sería complicado reconciliar a través de la interpretación. Si la aplicación del Acuerdo SMC significa que el derecho de emplear ciertas subvenciones a la exportación de acuerdo con el Acuerdo sobre la Agricultura es rechazado, las disposiciones relevantes del Acuerdo sobre la Agricultura no serían efectivas. Este resultado rebatiría a la regla de interpretación efectiva de un tratado. Ambos acuerdos definen subvenciones a la exportación como supeditadas a los resultados de la exportación. Ver el Acuerdo sobre Agricultura, artículo 1(e) y el artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Para un análisis detallado de la relación entre el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC, ver Acosta, Yahir, "La Relación entre el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias", Centro de Derecho Económico Internacional, <http://cdei.itam.mx/AcostaSMCAA.pdf>. Véase también Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3, p. 278.

<sup>195</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón Americano*, párrafo 550.

<sup>196</sup> Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3, p. 334.

<sup>197</sup> Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, párrafos 14.36, 14.97-14.99.

<sup>198</sup> Véase por ejemplo *Canadá – Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS412, solicitud de celebración de consultas, 13 de septiembre de 2010.

<sup>199</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones párrafo aeronaves (Brasil – Aeronaves)*, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 156.

los “que en otro caso se percibirían” bajo el artículo 1.1(a)(1)(ii) del Acuerdo SMC.<sup>200</sup> Una “contribución financiera” no surge simplemente porque un gobierno no recauda ingresos que pudo haber obtenido. El término “que en otro caso se percibirían” implica una comparación con un requisito normativo definido, establecido en la normativa fiscal del Miembro en cuestión.<sup>201</sup> La determinación de si “no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían” requiere comparar el trato fiscal de ingresos comparables de contribuyentes en situaciones similares.<sup>202</sup> Si un país grava los productos de acuerdo al impacto ambiental, el resultado más probable es que los diferentes productos estarán sujetos a tasas de impuestos diferentes. Un ejemplo es cuando los combustibles fósiles están sujetos a un impuesto sobre la venta que no se aplica a otros productos, el cuál es ya el caso en algunas jurisdicciones.<sup>203</sup> Un esquema más elaborado podría aplicar diferentes niveles de impuestos sobre la venta a diferentes categorías de productos basados en los diferentes rangos de impactos ambientales, tomando en cuenta el impacto ambiental durante el ciclo de vida de un producto. Si estos esquemas están diseñados de manera que los productos nacionales estén sujetos a un impuesto más bajo que los productos importados, entonces la tasa reducida del impuesto puede constituir “ingresos públicos que en otro caso se percibirían”.<sup>204</sup> Esto podría ser el caso si los países divergen en sus regulaciones ambientales de tal forma que algunos países se comprometan en un tipo de producción menos perjudicial al ambiente que otros.<sup>205</sup> La referencia de la nota al pie 1 a “la exoneración, a favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar” podría indicar que el artículo 1.1(a)(1)(ii) puede aplicarse a otros casos en los que los productos similares reciben un trato diferente al impuesto sobre el consumo.<sup>206</sup> Sin embargo, no se puede decir que los ingresos públicos en otro caso se percibirían solo porque ciertos ingresos no son gravados (o no son gravados al máximo como se podría); un Miembro de la OMC tiene la libertad de no gravar ciertas categorías de ingresos.<sup>207</sup> Por lo tanto, no está claro en qué circunstancias la diferencia en la grabación de los productos puede constituir una “contribución financiera de un gobierno” dentro de la definición del Acuerdo SMC. En el caso *Canadá – Aeronaves*, el Órgano de Apelación interpretó el término “beneficio” bajo el artículo 1.1(b) de la siguiente manera. Dijo que una contribución financiera sólo otorga un beneficio (una ventaja) si se concede bajo condiciones más ventajosas que las que hubieron sido disponibles al receptor en el

---

<sup>200</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Trato Arancelario ‘Ventas Extranjeras de Empresas’ (artículo 21.5 – CE) (Estados Unidos – FSC (artículo 21.5 – CE), WT/DS108/AB/RW*, adoptado el 29 de enero de 2002, párrafo 88.

<sup>201</sup> *Ibid.*, párrafo 90.

<sup>202</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 – CE)*, párrafo 98.

<sup>203</sup> Por ejemplo, la provincia canadiense de Columbia Británica impuso un arancel al carbón sobre fósiles combustibles en 2008.

<sup>204</sup> Si tanto los productos importados como los nacionales son bienes sustituibles párrafo la producción nacional (como en el caso de combustibles) y se confiere un beneficio, entonces puede haber una violación del artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC.

<sup>205</sup> Además, estas divergencias en la intensidad de la producción del carbono podría llevar a un trato diferente de importación al plantear cuestiones relacionadas con el trato de NMF.

<sup>206</sup> En este sentido, el Órgano de Apelación ha establecido que las medidas fiscales identificadas en la nota al pie 1 como las que no constituyen una ‘subvención’ involucran la exención de productos exportados de los impuestos sobre el consumo de productos. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE*, párrafo 93.

<sup>207</sup> *Ibid.*, párrafo 90.

mercado.<sup>208</sup> Un beneficio debe recibirse y aprovecharse, lo cual requiere un análisis de qué se otorgó al beneficiario; por cierto la medición del beneficio no se basa en la existencia de algún costo para el gobierno.<sup>209</sup> La persona o entidad que recibe el beneficio no tiene que ser el mismo que el que recibe la contribución financiera.<sup>210</sup> Por tanto, el artículo 1.1(b) requiere un análisis de si el beneficio se ha obtenido por la diferencia entre las tasas de impuestos, quién lo ha obtenido, y si dicho beneficio pudo haberse obtenido en el mercado, y cuál es el mercado pertinente.

¿Se pueden justificar las subvenciones ambientales que son inconsistentes con el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura bajo el artículo XX del GATT? Marceau y Trachtman sugieren que se necesitaría una “aproximación heroica a la interpretación” para ampliar la aplicación del artículo XX del GATT para justificar una violación bajo otro acuerdo del Anexo 1A.<sup>211</sup> Sin embargo, en los casos *Estados Unidos - Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos - Customs Bond Directive*, el Órgano de Apelación se abstuvo de expresar una opinión sobre si existe una defensa bajo el artículo XX(d) del GATT para justificar una medida que se había constatado como una “acción específica contra el dumping” bajo el artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping.<sup>212</sup> El artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping establece que “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra el dumping de las exportaciones de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo.” El Grupo Especial había concluido que la medida en litigio era inconsistente con la nota suplementaria del artículo VI del GATT de 1994, y de esta manera no estaba en conformidad con las provisiones del GATT de 1994, como se interpreta en el Acuerdo [Antidumping]. Por lo tanto, en este caso el Grupo Especial consideró la defensa de los Estados Unidos bajo el artículo XX(d) del GATT de 1994. Sin embargo, concluyó que las medidas no pudieron ser justificadas como necesarias. Además, el Órgano de Apelación en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* concluyó que China estaba en su derecho de invocar el artículo XX(a) del GATT respecto a una medida que era inconsistente con su Protocolo de Adhesión a la OMC. El Órgano de Apelación razonó que un Miembro debe poder invocar el artículo XX cuando la medida en litigio podría ser inconsistente tanto con una disposición del GATT como con una disposición relativa al comercio de bienes fuera del GATT. De otra forma, el demandante podría privar a un demandado de sus derechos bajo el artículo XX del GATT simplemente evadiendo las alegaciones bajo el GATT.<sup>213</sup>

---

<sup>208</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles (Canadá – Aeronaves civiles)*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 149.

<sup>209</sup> *Ibid.*, párrafo 154.

<sup>210</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003, párrafo 110.

<sup>211</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 874.

<sup>212</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Tailandia) y Estados Unidos – Directiva sobre fianzas aduaneras*, WT/DS343/AB/R, WT/DS345/AB/R, adoptados el 1 de agosto de 2008, párrafos 310, 319.

<sup>213</sup> Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010. Véase también Bradley J. Condon, Comentario sobre *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, Informe del Órgano de Apelación, año 1, número 1, Revista de Derecho Económico Internacional, 2010, pp. 97-112.

Sin embargo, la cláusula introductoria del artículo XX del GATT indica que las excepciones generales aplican a “este Acuerdo”. Esto parece impedir la aplicación del artículo XX más allá del GATT mismo. El Grupo Especial en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* decidió que el artículo XX no podía invocarse para justificar otra disposición (diferente a la mencionada en el párrafo anterior) del Protocolo de Adhesión de China.<sup>214</sup> Consideró que la referencia en el preámbulo del artículo XX al “presente Acuerdo” sugiere que las excepciones en él establecidas atañen únicamente al GATT de 1994, y no a otros acuerdos. También notó que los Miembros de la OMC han incorporado por referencia las disposiciones del artículo XX del GATT a otros acuerdos abarcados, por ejemplo, en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC). Concluyó que el fundamento jurídico para aplicar las excepciones del artículo XX a las obligaciones MIC radica en el texto incorporado al Acuerdo sobre las MIC, no en el texto del artículo XX del GATT. También notó que otros Acuerdos de la OMC contienen sus propias excepciones, como las excepciones generales en el artículo XIV del AGCS. Otros Acuerdos abarcados, como los Acuerdos sobre los ADPIC, OTC o MSF, también contienen sus propias flexibilidades y excepciones. Por lo tanto, el Grupo Especial opinó que, si se hubiera querido que el artículo XX pudiera aplicarse a la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China, se habría insertado un texto para sugerir esa relación.<sup>215</sup> La constatación del Grupo Especial de que China no podía recurrir a las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar sus derechos de exportación incompatibles con su Protocolo de Adhesión fue bien fundada, en general. Sin embargo, la opinión general del Grupo Especial de que las excepciones generales del artículo XX del GATT no se pueden aplicar a los demás acuerdos abarcados de la OMC es más dudosa. Esta cuestión de importancia sistémica debe analizarse caso por caso y no en términos tan generales.

Las disposiciones del GATT sirven como punto de partida para la mayoría de los acuerdos multilaterales en el comercio de bienes. En el caso de las subvenciones, el artículo VI del GATT (medidas compensatorias) y XVI (subvenciones en general) se aplican en conjunto con las disposiciones del Acuerdo SMC. En efecto, el objetivo principal del Acuerdo SMC es aumentar y mejorar las disciplinas del GATT relacionadas con el uso de subvenciones y medidas compensatorias.<sup>216</sup> Sería incongruente que el artículo XX del GATT se pudiera aplicar a los artículos VI y XVI del GATT, pero no al Acuerdo SMC

---

<sup>214</sup> Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas (China – Materias primas)*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011.

<sup>215</sup> *Ibid.*, párrafos 7.152-7.154.

<sup>216</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS2133/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002, párrafo 73; Informe del Órgano de Apelación, *Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, párrafo 64. Sin embargo, el Acuerdo SMC va más allá de simplemente interpretar y aplicar los artículos VI, XVI y XXIII del GATT de 1947. Véase Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado (Brasil – Coco desecado)*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 15. También comparar el nombre del Acuerdo SMC (Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias), y el nombre del Acuerdo Antidumping (Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994). El primero no indica que sirve simplemente para interpretar y aplicar las disposiciones del GATT.

mismo, sin evidencia de una intención contraria.<sup>217</sup> No obstante, esto asume que el artículo XX del GATT puede aplicarse a los artículos VI y XVI del GATT. No es muy claro de qué manera funcionaría en caso de medidas compensatorias. ¿Podrían las subvenciones ambientales, que cumplen con los requerimientos del artículo XX del GATT, no ser accionables y, por lo tanto, , por lo mismo, no estar sujetas a medidas compensatorias bajo la Parte V o acción multilateral bajo la Parte III del Acuerdo SMC? Este fue el caso para un rango limitado de subvenciones ambientales antes de que expirara el artículo 8 del Acuerdo SMC.<sup>218</sup> Dado que los negociadores desarrollaron excepciones y lenguaje específicos que estaban dirigidas a tratar las subvenciones ambientales, y no se incluyó el lenguaje del artículo XX o incorporó este mismo por referencia, lo que hace poco probable que el artículo XX del GATT pueda excluir alguna acción bajo las Partes III y V. Además, en el caso de las subvenciones que pueden dar lugar a una acción bajo la Parte III, los negociadores especificaron que el artículo 5 y 6 no aplicarían a las subvenciones mantenidas en los productos agrícolas como se estableció en el artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura.<sup>219</sup> Aunque el artículo 13 expiró desde entonces, esto indica que los negociadores habían considerado si excluían cierto tipo de subvenciones de la aplicación de la Parte III. De la misma manera, en la Parte V las excepciones para cierto tipo de subvenciones, incluyendo las subvenciones ambientales, se restringieron cuidadosamente.<sup>220</sup>

Sin embargo, las subvenciones ambientales podrían no ser recurribles bajo las Partes III y V del Acuerdo SMC si la diferencias en el impacto ambiental pueden usarse para concluir que los productos no son "similares" de la manera en que se utiliza este término dentro del Acuerdo.<sup>221</sup> Además, las subvenciones ambientales pueden estar creadas para no ser específicas a una empresa o industria bajo el artículo 2 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, no ser recurribles bajo las Partes III y V. Sin embargo, si el Miembro importador produce productos similares ambientales a los que se benefician de subvenciones específicas en el Miembro exportador, las subvenciones podrían ser recurribles bajo las Partes III y V. Unos ejemplos en esta última categoría son las subvenciones de China para la producción de paneles solares<sup>222</sup> y los equipos de energía eólica.<sup>223</sup>

¿Qué pasa con las subvenciones prohibidas (las subvenciones a la exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales? Dichas subvenciones se

<sup>217</sup> Algunos pueden considerar que el artículo 8 del Acuerdo SMC es evidencia de una intención contraria.

<sup>218</sup> Ver artículos 8.1, 8.2 (c), 8.3, 10 y 31 del Acuerdo SMC. Ver también nota al pie 35.

<sup>219</sup> Ver artículos 5 y 6.9.

<sup>220</sup> Ver artículos 8 y 10 y nota al pie 35.

<sup>221</sup> El término 'productos similares' se utiliza para una variedad de propósitos en el Acuerdo SMC. Es una cuestión clave en la Parte V en relación, *inter alia*, al comienzo de las investigaciones de sobre las medidas compensatorias (ver artículos 11.2 (i), 11.4, 16.1) y a la determinación de daño (ver artículos 15.1, 15.2, 15.3, 15.6) y, en la Parte III, en relación a la determinación de un perjuicio grave en los párrafos a, b, y c del artículo 6.3. Véase Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3. El término 'productos similares' se analizó arriba.

<sup>222</sup> Siete empresas estadounidenses productoras de paneles solares iniciaron una investigación sobre las supuestas subvenciones chinas en octubre de 2011. Véase Bradsher, Keith, "7 U.S. Solar Panel Makers File Case Accusing China of Violating Trade Rules", The New York Times, 19 de octubre de 2011, [http://www.nytimes.com/2011/10/20/business/global/us-solar-manufacturers-to-ask-for-duties-on-imports.html?\\_r=1&hp=&pagewanted=all#](http://www.nytimes.com/2011/10/20/business/global/us-solar-manufacturers-to-ask-for-duties-on-imports.html?_r=1&hp=&pagewanted=all#).

<sup>223</sup> China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica, DS419, solicitud de celebración de consultas recibida el 22 de diciembre de 2010.

presumen específicas bajo el artículo 2.3. El artículo 32.1 del Acuerdo SMC estipula que “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra una subvención de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo.” La nota 56 del Acuerdo SMC estipula que “esta cláusula no pretende excluir la adopción de medidas al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda.” Sin embargo, el artículo 3.1 del Acuerdo SMC indica que las subvenciones a la exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales están prohibidas “a reserva de lo expuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura”. Esto podría interpretarse como la exclusión de la aplicación de cualquier excepción al artículo 3.1 del Acuerdo SMC, incluyendo las excepciones generales del artículo XX del GATT.

No obstante, el preámbulo del Acuerdo sobre la Agricultura se refiere a “la necesidad de proteger el medio ambiente” y el artículo 14 del Acuerdo sobre la Agricultura indica que el Acuerdo MSF<sup>224</sup> aplica de manera acumulativa al Acuerdo sobre la Agricultura. El preámbulo del Acuerdo MSF indica que se elabora con base a las reglas del GATT, en específico el artículo XX(b). De este modo, se podría argumentar que el Acuerdo sobre la Agricultura abre la posibilidad a la aplicación del artículo XX(b) del GATT. Sin embargo, el Acuerdo sobre la Agricultura sólo aplica a los “productos agrícolas” enlistados en el Anexo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura.<sup>225</sup> Así, aunque se aceptara el argumento anterior, la aplicación del artículo XX(b) del GATT al artículo 3.1 del Acuerdo SMC podría estar limitado a las medidas que afectan estos bienes agrícolas. La conclusión más apropiada es que el artículo XX no se puede utilizar para justificar una violación al Acuerdo sobre la Agricultura. Más bien, las subvenciones ambientales que se aplican a los productos agrícolas deberían cumplir con los compromisos en las listas de los Miembros de la OMC. Como con las subvenciones ambientales para los productos no agrícolas, las subvenciones ambientales para los productos agrícolas pueden no ser recurribles bajo las Partes III y V del Acuerdo SMC por no ser específicos o porque las diferencias en el impacto ambiental son pertinentes en el análisis de si son productos similares, como se notó anteriormente.

Un argumento más general puede surgir a raíz de la aplicabilidad del artículo XX del GATT a todos los Acuerdos en el Anexo 1A, incluyendo el Acuerdo SMC, establecido en el argumento que todos los Acuerdos de la OMC son acumulativos y aplican de manera simultánea y que el principio de interpretación efectiva requiere que ambos derechos (como los del artículo XX) y obligaciones sean acumulativos.<sup>226</sup> Sin embargo, el análisis anterior sugiere que la aplicabilidad del artículo XX del GATT a los otros acuerdos en el Anexo 1A tendría que considerar un acuerdo a la vez, incluso una disposición a la vez. Este enfoque es consistente con la perspectiva del Órgano de Apelación en el que la relación entre el GATT de 1994 y los otros acuerdos en el Anexo 1A deben considerarse caso por caso.<sup>227</sup>

A diferencia del Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, el Acuerdo SMC no incorpora términos del artículo XX del GATT. Por lo tanto, la jurisprudencia sobre el artículo XX del GATT (y sobre términos parecidos en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF) no es pertinente para el Acuerdo SMC. Sin embargo, como se analizó en la sección sobre el término “productos similares”, la jurisprudencia sobre este término en el GATT (y en el Acuerdo

---

<sup>224</sup> El Acuerdo MSF se analizó arriba.

<sup>225</sup> Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 2.

<sup>226</sup> Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 874-875.

<sup>227</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Coco desecado*, página 13.

OTC y el Acuerdo MSF) podría ser relevante para la interpretación de este término en el Acuerdo SMC, porque en todos estos contextos el término “productos similares” determina la relación de competencia que existe entre productos. El Acuerdo SMC es un ejemplo de un acuerdo abarcado cuyo contexto puede limitar la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes en los casos de comercio y medio ambiente.

## VII. Conclusión

La implementación de varias políticas ambientales tiene que tener en mente la manera en que se han interpretado y aplicado las disposiciones de varios acuerdos de la OMC. Además, las medidas ambientales podrían enfrentarse con varias cuestiones no resueltas en la jurisprudencia de la OMC. El artículo XX del GATT tendrá un papel importante en la determinación de la consistencia de medidas ambientales con el derecho de la OMC. Es probable que los acuerdos multilaterales ambientales sean pertinentes en la determinación de la consistencia de medidas ambientales con el artículo XX del GATT y las disposiciones de otros acuerdos que utilizan términos parecidos, como el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF y el AGCS. Sin embargo, es poco probable que el artículo XX del GATT pudiera justificar una violación del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF, el Acuerdo sobre los MIC o el AGCS. Su aplicación a los demás acuerdos del Anexo 1A tendría que analizarse caso por caso.

Dada que los PMPs pueden ser pertinentes para determinar la similitud de productos en los artículos I y III del GATT el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, este análisis podría servir para determinar la consistencia de algunas medidas ambientales con estos acuerdos, además de ciertas disposiciones del Acuerdo SMC y del Acuerdo Antidumping. Otra vez, tendría que analizarse caso por caso a la luz de la medida ambiental específica. Sin embargo, si las subvenciones ambientales se diseñan para no ser específicas a ciertas empresas o industrias, no estarán sujetas a las acciones multilaterales bajo la Parte III o las acciones unilaterales bajo la Parte V del Acuerdo SMC. Sin embargo, aunque no sean específicas, podrían ser prohibidas bajo la Parte II si están supeditadas a los resultados de exportación o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Además, si las subvenciones se aplican a los productos agrícolas, tendrán que cumplir con los compromisos de los Miembros de la OMC bajo el Acuerdo sobre la Agricultura. En el caso de la subvenciones supeditadas a los resultados de exportación, el cumplimiento con el Acuerdo sobre la Agricultura podría blindar las subvenciones bajo el artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Sin embargo, esta cuestión no está resuelta. Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados sí tendrán que cumplir con el Acuerdo sobre la Agricultura y el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC.

La “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos abarcados de la OMC sobre el comercio de bienes es importante para mantener la coherencia en la interpretación de los términos similares en los contextos similares. También es importante para asegurar un trato consistente de las medidas ambientales en distintos acuerdos abarcados, en el grado en que sea posible. Además, esta “polinización cruzada” en la interpretación judicial facilita el cumplimiento con el principio de efecto útil, lo cual requiere que se interprete a todos los términos de un tratado de forma que de sentido a todos, de una forma armoniosa. Sin embargo, hasta ahora las interpretaciones judiciales de los términos del GATT han influido en las interpretaciones de los términos similares en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, pero no viceversa. Esto podría atribuirse al hecho de que

las últimas son relativamente recientes o podría ser porque ya existía bastante jurisprudencia pertinente sobre el GATT, pero no tanto sobre el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. No obstante, sería mejor considerar toda la jurisprudencia pertinente bajo todos los acuerdos cuando se trata de casos de comercio y medio ambiente bajo cualquier de estos acuerdos.

Además de estos acuerdos de la OMC, el Acuerdo sobre los ADPIC puede ser pertinente para la implementación de ciertas políticas ambientales. Por ejemplo, existe un debate internacional importante sobre los derechos de la propiedad intelectual y la transferencia de tecnologías ambientales para combatir el cambio climático.<sup>228</sup> Otros tratados internacionales también van a ser pertinentes, como los acuerdos sobre la protección de la inversión extranjera, los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos ambientales. Existe cierto grado de “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC y la interpretación de ciertos términos en los acuerdos sobre la protección de la inversión extranjera y los acuerdos comerciales regionales. Además, varios acuerdos ambientales utilizan términos cuyo origen es el GATT. Por lo tanto, para mantener la coherencia entre estas ramas del derecho internacional público y mantener la consistencia en la interpretación de términos parecidos en contextos parecidos, la “polinización cruzada” en las interpretaciones judiciales internacionales va a ser cada vez más importante en el derecho internacional. Sin embargo, esta “polinización cruzada” más amplia tendría que ser el tema de otro artículo.

---

<sup>228</sup> Véase Sinha, Tapen and Condon, Bradley, *op. cit.*, nota 2. Véase también Alberto do Amaral Júnior, *op. cit.*, nota 33, pp. 239-273.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO “LA ‘POLINIZACIÓN CRUZADA’ EN  
LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN LOS  
CASOS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE”  
DE BRADLY J. CONDON

*Perla Buenrostro Rodríguez\**

En el Derecho de la OMC, en el derecho económico internacional y en el derecho internacional, cada vez más se requerirá recurrir a las interpretaciones judiciales de otros regímenes jurídicos, o de otros acuerdos abarcados en el caso de la OMC, para efectuar un análisis cabal y ‘útil’ de las normas en cuestión. Sin embargo, este ejercicio de ‘polinización cruzada’ como argumenta el autor, no está exento de importantes retos y consideraciones minuciosas en el sistema multilateral de comercio.

**I. Observaciones preliminares**

El autor presenta una recopilación muy completa de las implicaciones y las interrogantes de tipo ambiental vigentes en el Derecho de la OMC y en su sistema de solución de diferencias. Su trabajo consiste en un estudio muy organizado sobre el análisis de los informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación en relación al marco legal para la protección del medio ambiente en la OMC, como el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), el Artículo XX del GATT y los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF).

Entre los cuestionamientos que aborda el autor se encuentran: ¿Se pueden utilizar los procesos y métodos de producción (PMP) como un criterio para determinar la similitud de productos?; ¿son aplicables las excepciones del Artículo XX del GATT a los otros acuerdos abarcados?; ¿cuál es la diferencia entre el alcance del párrafo b) y el párrafo g) del Artículo XX del GATT?; ¿cómo debe interpretarse el Acuerdo SMC, el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF con relación a las medidas ambientales?; y ¿cuál debe ser el enfoque válido para revisar los subsidios ambientales en el marco del Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC?

Ciertamente estas son preguntas que continúan abiertas, y que en los próximos años podrán resolverse en la OMC bien por la vía cuasi jurisdiccional o bien por la vía de la

---

\* Directora Editorial de las publicaciones Puentes producidas por ICTSD y CINPE. Abogada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (*summa cum laude*) y Maestra en Derecho Internacional por el *Graduate Institute of International and Development Studies* de Ginebra, Suiza. Perla ha trabajado en las Misiones de México y Chile ante la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y más recientemente en la Práctica Ambiental y de Recursos Naturales de la firma Baker & McKenzie. También fungió como investigadora en el Centro de Derecho Económico Internacional y en el Departamento de Estudios Internacionales del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), y fue editora adjunta de la Revista de Derecho Económico Internacional, que cuenta con la Cátedra OMC. Actualmente trabaja para ICTSD vía remota desde la Cd. de México.

negociación. Aunque parece que la primera opción es más factible debido al dinamismo del sistema de solución de diferencias de la OMC y la satisfacción generalizada entre sus usuarios frente a un proceso de toma de decisiones que involucra a más 150 Miembros.

En esta reflexión, hay que matizar que la OMC es todavía un régimen joven, en formación, con poco más de 15 años de vigencia, por lo que seguramente será capaz de brindar respuestas más o menos idóneas, más o menos exitosas a estas cuestiones tan trascendentales pues su evolución es constante. Otra discusión no menos importante versa sobre la oportunidad de sus decisiones, pues en los últimos años hay una tendencia creciente a iniciar casos en la OMC con un trasfondo ambiental<sup>1</sup>. Convendría por lo tanto tomar decisiones o directrices que propicien una mayor consistencia en la forma de interpretar este régimen ‘auto-contenido’, lo que probablemente ocurrirá en su sistema de solución de diferencias, donde el papel del Órgano de Apelación se estima casi vital y equilibrante.

En este análisis también debe mencionarse que la falta de un mecanismo de solución de controversias efectivo en materia ambiental internacional, vuelve a la OMC en el foro idóneo para que en última instancia se evalúen supuestas o auténticas políticas destinadas a proteger la vida, la salud, el medio ambiente y los recursos naturales agotables. La condición inequívoca para la intervención de la OMC, como es sabido, es que las controversias se refieran a aspectos comerciales comprendidos por el GATT y/o los acuerdos abarcados.

El Profesor Condon hace una exposición muy concienzuda en su artículo sobre cómo las interpretaciones avaladas en el marco del GATT sobre protección al medio ambiente han sido referidas en los acuerdos abarcados, y hasta qué punto esa ‘polinización’ ha sido útil en cada caso particular. En el presente comentario, no obstante, prefiero enfocarme en los dos temas que encuentro más atractivos en su disertación, sobre todo por su contenido polémico: los procesos y métodos de producción y la aplicación del Artículo XX del GATT como excepción viable a los acuerdos abarcados.

## II. La vuelta de los procesos y métodos de producción

El artículo del Profesor Condon dedica un espacio considerable a desarrollar si los procesos y métodos de producción (PMP), y por lo tanto los efectos ambientales adyacentes, son pertinentes en el análisis de similitud de productos a la luz del GATT y de otros acuerdos abarcados. Su respuesta es que sí, y que los mismos podrían formar parte del criterio sobre las preferencias de los consumidores cuando se examina la relación de competencia entre dos productos.

---

<sup>1</sup> A marzo de 2012, cuando se terminó de redactar este comentario, se identifican las siguientes disputas con consideraciones ambientales importantes: *Estados Unidos – Atún II (México)*, *China – Materias primas*, *CE – Productos derivados de la foca*, *Canadá – Energía renovable*, *China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica*, *Ucrania – Aguardientes*, *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*.

Matiza, no obstante, que los PMP podrían jugar un papel importante cuando éstos se relacionan con el producto como tal o cuando afectan la calidad del mismo, como ocurrió en los casos de *CE – Amianto* y *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, o parcialmente en *Estados Unidos – Atún II (México)*. En esta última disputa, apunta correctamente el autor, el Grupo Especial sí determinó que el consumidor estadounidense distingue entre atún inocuo y no inocuo para los delfines, pero no tenía evidencia suficiente para afirmar que había una diferencia entre el producto procedente de distintos Miembros<sup>2</sup>.

Aunque justifica y argumenta su postura, el Profesor Condon no deja de ser provocativo, pues una vertiente de los estudiosos del comercio internacional afirman casi categóricamente que no se debe discriminar entre productos con base en los procesos y métodos de producción a la luz del Derecho de la OMC<sup>3</sup>. En otras palabras, Condon parece abrir la puerta en su trabajo para que consideraciones ambientales, más allá de aspectos de salud<sup>4</sup>, como lo ocurrido en el caso de *CE – Amianto*, sean un factor determinante para que ciertos productos no sean similares, y por lo tanto ni el Principio de Trato Nacional ni de Nación Más Favorecida sean aplicables a esa evaluación. Esa propuesta es aventurada y aviva un debate de larga data entre países desarrollados y en desarrollo, y la disyuntiva entre avanzar hacia un sistema más armónico, integrado, e ideal<sup>5</sup> o seguir actuando según las reglas actuales del juego.

El Profesor Condon subraya que la relación competitiva entre productos no debe ser estática, por lo que consideraciones ambientales que hoy se repelen en el discurso y en el sistema de solución de diferencias, podrían tener cabida en el futuro. La misma reflexión es factible sobre el respeto de los derechos de humanos y de los niños en el análisis de similitud de productos. Sin embargo, todavía es muy temprano para ese estadio en el sistema multilateral de comercio, aunque nada excluye que luego los Miembros decidan caminar hacia esa dirección.

Otro de los aspectos relevantes del artículo comentado es si el concepto de “productos similares” puede interpretarse de la misma manera en el artículo III:4 del GATT, el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y el Acuerdo SMC, de manera que los PMP que no afectan al producto como tal sean un aspecto de peso en ese análisis.

En tal sentido, el autor señala que el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* primeramente dijo que esto no era factible, pero luego sí recurrió a los

---

<sup>2</sup> Condon, Bradley J., “La ‘polinización cruzada’ en la interpretación de los acuerdos de la OMC en los casos de comercio y medio ambiente”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 2 Número 1, ITAM, marzo de 2012, p. 6. El artículo está disponible en la siguiente liga: [http://dei.itam.mx/archivos/articulo3/segundo\\_articulo\\_marzo.pdf](http://dei.itam.mx/archivos/articulo3/segundo_articulo_marzo.pdf)

<sup>3</sup> Condon cita a Gabrielle Marceau y Patrick Low en su artículo (Low, P., Marceau, G. y Reinaud, J., “*The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues*”, WTO Staff Working Paper ERSD-2011-1, 12 de enero de 2011, [http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201101\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201101_e.pdf), p. 2.), pero no son los únicos autores que lo dicen.

<sup>4</sup> La salud ha sido reconocida en la OMC como un valor muy importante desde el caso *CE – Amianto*. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 167-168 y 172.

<sup>5</sup> Véase el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Las Partes hablan de elevar los niveles de vida, lograr el pleno empleo, entre otros objetivos, respetando el uso óptimo de los recursos con el objetivo de un desarrollo sostenible y preservando el medio ambiente.

cuatro elementos del artículo III:4 del GATT en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Finalmente el Grupo Especial concluyó que los PMP pueden repercutir sobre la relación de competencia entre productos, aunque no tuvo elementos para afirmar que no eran productos similares<sup>6</sup>. Ese informe fue apelado por México, pero no respecto al criterio de similitud de productos por razones obvias<sup>7</sup>. Será interesante por lo tanto ver cómo en casos futuros el Órgano de Apelación decidirá si aspectos ambientales puede ser recogidos para determinar que dos productos no son similares. En el Acuerdo OTC la consecuencia sería que los reglamentos técnicos podrían tratar de manera diferente a productos que no sean similares. El temor y la oposición de muchos Miembros de la OMC por las posibles repercusiones comerciales y la pérdida de oportunidades ciertamente no sería menor.

La misma reflexión aplica para el Acuerdo SMC, advierte Condon, pues una subvención ambiental específica podría no ser recurrible debido a que se concluya que no se trata de productos similares en el contexto de ese propio Acuerdo<sup>8</sup>. En el caso *Canadá – Programa de tarifas reguladas* que apenas está siendo analizado por un Grupo Especial, la Unión Europea alega que dicho programa es una subvención prohibida y formula un argumento bajo el artículo III:4 del GATT<sup>9</sup>. Queda entonces la interrogante sobre si tanto en las subvenciones recurribles o prohibidas las constataciones puedan ser diferentes debido a que se tomen en cuenta los procesos y métodos de producción que no afectan a los productos como tales.

### III. El Artículo XX del GATT como excepción válida para los acuerdos abarcados

El artículo también aborda de forma extensa y meticulosa la jurisprudencia desarrollada bajo el amparo del párrafo b) y el párrafo g) del Artículo XX del GATT. Distingue con precisión, por ejemplo, que mientras el párrafo b), dirigido a proteger la salud y la vida de las personas y los animales, abarca cuestiones de competencia nacional, el párrafo g), sobre la conservación de recursos naturales agotables, comprende aspectos transfronterizos con la excepción de los recursos minerales.

La parte más interesante de su análisis versa sobre si la excepción del Artículo XX del GATT es o no procedente para apartarse de la letra y las obligaciones de los acuerdos abarcados de la OMC. Condon parece concluir que esto no es posible, particularmente para el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, pues ambos cuerpos normativos ya incorporan el lenguaje de los párrafos b) y g) del Artículo XX así como su cláusula introductoria. Pero sugiere un análisis caso por caso.

La disyuntiva surge debido a que la jurisprudencia ha determinado que los dos acuerdos se aplican de manera acumulada. Por esta razón, y parafraseando a Marceau y Trachtman<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 6, en relación al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.249.

<sup>7</sup> *Estados Unidos – Atún II (México)*, notificación de apelación, WT/DS381/11, 27 de enero de 2012.

<sup>8</sup> Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 6.

<sup>9</sup> *Canadá – Programa de tarifas reguladas*, solicitud de establecimiento de un grupo especial, WT/DS426, 10 de enero de 2012.

<sup>10</sup> Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 23.

en el artículo de Condon, puesto que los requerimientos del Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF son más rigurosos que el Artículo XX del GATT, se debe crear una presunción de conformidad de la medida en cuestión con la excepción referida. No obstante, la misma lógica no es evidente en sentido contrario. Es decir, una medida que esté justificada bajo el Artículo XX del GATT podría no pasar la prueba del Acuerdo OTC o del Acuerdo MSF, y por lo tanto ser declarada incompatible con el Derecho de la OMC.

El Profesor Condon habla del principio de ‘efecto útil’ de interpretación de tratados bajo la Convención de Viena para defender que no hay norma estéril o redundante. En el caso del Acuerdo MSF, por ejemplo, la incorporación del lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del Artículo XX del GATT evidencia la intención de los Miembros de que no se pueda aducir el Artículo XX del GATT como excepción al Acuerdo específico. Apoya su dicho en la resolución del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*<sup>11</sup> y en las pocas probabilidades de que el Artículo XX del GATT pueda subsanar las inconsistencias bajo el Acuerdo MSF<sup>12</sup>.

Un reciente trabajo de Aldo González Melo aborda este aspecto poco estudiado en el debate académico y todavía no resuelto en la jurisprudencia de la OMC<sup>13</sup>. Su tesis es que la presunción del artículo 2.4 del Acuerdo MSF, que establece que las medidas sanitarias y fitosanitarias conformes con el Acuerdo MSF están en línea con el Artículo XX del GATT, en particular el apartado b), puede ser revertida si se invoca cualquier excepción del mismo Artículo XX. Detalla que las disposiciones de ambos ordenamientos no son equivalentes, por lo que debe existir la posibilidad de desvirtuar dicha presunción usando otra excepción.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial, comentan Condon y luego González Melo, no aclaró si sería posible justificar una violación del Acuerdo MSF bajo el Artículo XX cuando no haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5<sup>14</sup>. Ni tampoco dijo si podría recurrirse a otra excepción del Artículo XX a pesar de que la medida haya sido declarada incompatible con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF, como sucedió en esa disputa<sup>15</sup>. Sin embargo, dicho informe no fue apelado, ni de momento se está presentando este argumento en otras disputas, razón por la cual se continuará en un estado de incertidumbre que a la vez permite nuevas interpretaciones.

González Melo estima que siempre existe la opción de recurrir a la excepción del Artículo XX a) sobre moral pública, que constituye una herramienta eficaz, pues fue avalada en el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. En ese orden de ideas, lo mismo sería factible respecto a cualquiera de las otras excepciones del Artículo XX, sobre todo considerando que algunas de ellas nunca han sido analizadas en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

---

<sup>11</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.479.

<sup>12</sup> Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 27.

<sup>13</sup> González Melo, Aldo, “El Acuerdo MSF y su relación con el Artículo XX del GATT”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 2 Número 2, ITAM, junio de 2012, p. 37-62. El artículo está disponible en la siguiente liga:

[http://dei.itam.mx/archivos/REVISTA\\_JUNIO\\_2012/segundo\\_articulo\\_junio\\_2012.pdf](http://dei.itam.mx/archivos/REVISTA_JUNIO_2012/segundo_articulo_junio_2012.pdf)

<sup>14</sup> Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 26.

<sup>15</sup> González Melo, Aldo, *op. cit.*

Las mismas conjeturas y preguntas ocurren en el Acuerdo OTC, pero a diferencia del Acuerdo MSF, no existe una presunción de compatibilidad a combatir. Sin embargo, debido a que el Acuerdo OTC incorpora únicamente el lenguaje del párrafo b) y el preámbulo del Artículo XX del GATT, todas las demás excepciones podrían ser válidas para separarse de las obligaciones del Acuerdo OTC.

A pesar que de momento estas interpretaciones sean solamente una sugerencia, podría ser una defensa no menor en un caso futuro. Con extraordinarias dificultades los Miembros podrían apoyar este enfoque, pues se podría correr el riesgo de que la aplicación del Artículo XX del GATT no tenga mayores límites y desencadene un uso abusivo.

El caso de China es remarcable, pues mientras que en el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales* el Órgano de Apelación determinó que el demandado sí tenía derecho a invocar la excepción del Artículo XX a) del GATT, en *China – Materias primas* negó esa vía, según ya lo había advertido el Grupo Especial<sup>16</sup>. En ninguno de esos casos el máximo tribunal de la OMC precisó si sería procedente recurrir a ese argumento en el resto de los acuerdos abarcados; ambas disputas versaron sobre el Protocolo de Adhesión de China.

Como argumenta Condon, tampoco no está del todo claro si una subvención ambiental ya declarada inconsistente con el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura podría subsistir bajo el Artículo XX del GATT. El autor sugiere un análisis caso por caso, pero enfatiza que aunque el artículo 8 del Acuerdo SMC, que hablaba sobre las subvenciones ambientales, ya no esté en vigor, los negociadores desarrollaron excepciones y un lenguaje particular para ese propósito pero no incorporaron la referencia al Artículo XX del GATT. Precisarón cuáles serían los supuestos excluidos de acción bajo las Partes III (artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura) y V (artículos 8 y 10 del Acuerdo SMC) del Acuerdo SMC, por lo que sería muy aventurado dar carta abierta al Artículo XX como escapatoria o último recurso en una defensa, explica el autor.

Es cierto que lo más recomendable es hacer un análisis metódico caso por caso, pero al igual que ocurre con los Acuerdos MSF y OTC, no está claro completamente si la aplicación del Artículo XX del GATT al Acuerdo SMC está totalmente excluida, pues se puede argumentar extensamente en ambos lados del debate.

#### IV. Reflexiones finales

Desde un punto de vista más sistémico, durante el Primer Congreso de Cátedras OMC pregunté si la OMC debe ser uno de los únicos foros donde se diriman disputas ambientales y por qué, y si su sistema de solución de controversias debe seguir absorbiendo esa responsabilidad. El Profesor Condon respondió que la OMC seguirá interviniendo y adjudicando lo necesario pues tiene competencia en materia de comercio y medio ambiente.

---

<sup>16</sup> Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 40.

La proliferación de disputas de tipo ambiental en la OMC evidencia el creciente número de políticas públicas orientadas a proteger el medio ambiente o mitigar el cambio climático que pueden tener un impacto en el comercio internacional. También vuelve a exaltar la importancia del sistema de solución de diferencias de la OMC como garante del equilibrio entre los derechos y las obligaciones de sus Miembros.

La ‘polinización cruzada’, o echar mano de las interpretaciones de otras normas o Acuerdos de la OMC para encontrarle sentido adecuado a determinadas disposiciones, es un fenómeno necesario y que seguirá sucediendo en la medida que el Derecho de la OMC siga evolucionando. Este ejercicio, sin embargo, amerita cuidados extremos, sobre todo porque las interpretaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se insertan en un contexto donde hay diferentes grados de desarrollo entre países y donde el balance de los acuerdos de la Ronda Uruguay es altamente delicado. La posible inclusión de los PMP en el análisis de similitud de productos y recurrir a la defensa del Artículo XX del GATT para los acuerdos abarcados ilustran parte de ese cuidado necesario.



## LOS PAÍSES EN DESARROLLO, EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA LAS VARIEDADES VEGETALES

*Bradly J. Condon y Tapen Sinha\**

*Resumen:* Los debates entre los países en desarrollo y desarrollados sobre acceso a la tecnología para mitigar o adaptarse al cambio climático tienden a pasar por alto la importancia de la biotecnología. Por otra parte, ha habido poco análisis comparativo de los sistemas de derechos de propiedad intelectual (DPI) que compiten para la biotecnología. Este artículo se centra en el papel de los DPI en la transferencia internacional de nuevas variedades vegetales. El cambio climático aumentará la importancia del desarrollo de nuevas variedades de plantas que pueden adaptarse a las cambiantes condiciones climáticas. Este artículo sostiene que el impacto de los DPI en la transferencia de tecnología internacional varía según el tipo de tecnología. Los DPI representan un obstáculo más significativo para la transferencia internacional de nuevas variedades de plantas que lo hacen en otras tecnologías. Las cuestiones que se plantean en relación con nuevas variedades de plantas están más cerca de las relativas a productos farmacéuticos que a las relativas a tecnologías de energía limpia. Un análisis comparativo de los derechos de propiedad intelectual de la biotecnología en el Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC, el Convenio de la UPOV y el Convenio sobre la Diversidad Biológica indica que el Acuerdo sobre los ADPIC establece el grado más adecuado de flexibilidad en cuanto a las opciones de política disponibles para los países en desarrollo.

*Palabras clave:* Propiedad intelectual, biotecnología, transferencia de tecnología, Acuerdo sobre los ADPIC, Convenio UPOV, Convenio sobre la Diversidad Biológica.

*Abstract:* Debates between developing and developed countries over access to technology to mitigate or adapt to climate change tend to overlook the importance of biotechnology. Moreover, there has been little comparative analysis of competing intellectual property rights (IPRs) regimes for biotechnology. This article focuses on the role of IPRs in the international transfer of new plant varieties. Climate change will increase the importance of

---

\* Bradley J. Condon es Profesor titular de la Cátedra OMC México, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México. Es también *Senior Fellow* en el *Tim Fischer Centre for Global Trade and Finance, School of Law, Bond University*, Australia, así como co-editor de esta revista. Tapen Sinha es titular de la cátedra AXA de administración de riesgos en el Instituto Tecnológico Autónomo de México en la Ciudad de México. Es miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Tiene un doctorado en economía de la Universidad de Minnesota. Es Evaluador del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) en México y miembro del SNI Nivel III. Ha publicado una docena de libros y 150 artículos en revistas internacionales. Agradecemos el apoyo de la Asociación Mexicana de Cultura y del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Agradecemos también los comentarios de nuestros colegas en el Congreso “El Derecho Económico Internacional: desafíos del medio ambiente”, Primer congreso conjunto de las Cátedras OMC de Chile y México, el cual se llevó a cabo en la Ciudad de México, 27-28 de octubre de 2011, donde se presentó una versión anterior de este artículo. En particular, quisiéramos agradecer a Yahir Acosta, José Manuel Álvarez, Ramón Eduardo Guacaneme, Luis Ángel Madrid y los dictaminadores anónimos por sus valiosos comentarios.

the development of new plant varieties that can adapt to changing climactic conditions. This article argues that the impact of IPRs on international technology transfer varies from one area of technology to the next. IPRs represent a more significant obstacle to international transfer of new plant varieties than they do in other technologies. The issues that arise with respect to new plant varieties are closer to those regarding pharmaceuticals than to those regarding clean energy technology. A comparative analysis of IPRs for biotechnology in the WTO TRIPS Agreement, the UPOV Convention and the Convention on Biological Diversity suggests that the TRIPS Agreement provides the most appropriate degree of flexibility regarding the policy options available to developing countries.

*Keywords:* Intellectual property, biotechnology, technology transfer, TRIPS, UPOV, Convention on Biological Diversity.

## I. Introducción

Las medidas para mitigar el cambio climático y las medidas para adaptarse a los impactos del cambio climático tienen consecuencias para los derechos de propiedad intelectual (DPI) y viceversa. Los DPI afectan al acceso a las tecnologías de mitigación y adaptación al cambio climático, en particular en los países en desarrollo. Como resultado, existe un importante debate sobre la necesidad de modificar las leyes relativas a los DPI con el fin de eliminar los obstáculos a la transferencia de tecnología internacional.

Los debates entre los países en desarrollo y desarrollados sobre acceso a la tecnología para mitigar o adaptarse al cambio climático tienden a pasar por alto la importancia de la biotecnología para la adaptación. En su lugar, estos debates se centran en otras tecnologías, en particular las tecnologías de energía limpia. Por otra parte, ha habido poco análisis comparativo de los sistemas de DPI que compiten para la biotecnología. El papel que las licencias obligatorias podrían desempeñar en la transferencia de biotecnología internacional casi no ha sido explorado.<sup>1</sup>

El cambio climático aumentará la importancia de las nuevas variedades de plantas que pueden adaptarse a las cambiantes condiciones climáticas. Este artículo analiza los DPI para las variedades de plantas desde las perspectivas económica y jurídica. En particular, analiza el artículo 27 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). El artículo 27.3 (b) del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros de la OMC a proteger las obtenciones vegetales mediante patentes, un sistema *sui generis* o una combinación de ambos. El Convenio de la UPOV y el CDB representan visiones opuestas de qué tipo de sistema *sui generis* podría ser apropiado.<sup>2</sup>

Las políticas apropiadas para los Miembros de la OMC sobre los DPI para variedades de plantas dependerán de las circunstancias de cada Miembro. Para los países desarrollados y de ingresos medianos con fuertes industrias de la biotecnología y la capacidad financiera

---

<sup>1</sup> Véase Tania Casso, "Licencias obligatorias a la luz del Convenio UPOV, el Acuerdo sobre los ADPIC y el TLCAN", 17 de mayo de 2012, tesis de licenciatura, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

<sup>2</sup> Sabrina Safrin, *Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life*, 98 A.J.I.L. 641 (2004).

para pagar la adaptación al cambio climático, los DPI fuertes pueden ser beneficiosos. Pueden ser menos beneficiosos para los países en desarrollo con menor capacidad financiera para pagar por la adaptación, mayor vulnerabilidad a los efectos del cambio climático y un mayor porcentaje de la población dedicada a la agricultura de subsistencia. Sin embargo, las circunstancias de los países cambian con el tiempo y los efectos del cambio climático son difíciles de predecir. Como resultado, las opciones de política que son apropiadas para un determinado país hoy en día no podrían serlo mañana. En este contexto de incertidumbre, lo mejor es mantener la flexibilidad en cuanto a las opciones de política.

Los Miembros de la OMC no están de acuerdo sobre cómo abordar los DPI sobre las variedades vegetales. Japón y Estados Unidos sostienen que las variedades de plantas deben ser protegidas para permitir el desarrollo de nuevas soluciones tecnológicas en el campo de la agricultura.<sup>3</sup> Varios países en desarrollo argumentan que los DPI sobre las variedades vegetales pueden tener un impacto adverso en la seguridad alimentaria, la salud y el desarrollo rural en los países en desarrollo, y no sirven para proteger los sistemas de conocimientos tradicionales.<sup>4</sup> Los países desarrollados con una fuerte industria de la biotecnología, en general, han favorecido más fuertes DPI para variedades vegetales. Los países en desarrollo, en general, han favorecido más débiles DPI, en particular los países con mayor biodiversidad o de un gran número de agricultores de subsistencia. Sorprendentemente, la importancia del cambio climático en este debate no ha jugado un papel importante en las negociaciones de la OMC.

Este artículo comienza con una visión general de la ciencia del cambio climático y su impacto. La susceptibilidad al cambio climático y aumento de la agricultura de subsistencia, la vulnerabilidad de los países en desarrollo al cambio climático y su necesidad de acceder a la biotecnología en condiciones favorables. En este sentido, los problemas que surgen con respecto a la biotecnología están más cerca de las relativas a productos farmacéuticos que a las relativas a tecnologías de energía limpia. Por lo tanto, compararemos la economía de propiedad intelectual de la biotecnología y productos farmacéuticos. A continuación, se hará un análisis comparativo de los derechos de propiedad intelectual de la biotecnología en el Acuerdo ADPIC de la OMC, el Convenio de la UPOV y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este análisis arroja luz sobre las opciones de política disponibles para los países en desarrollo en el marco del actual régimen jurídico internacional.<sup>5</sup>

## II. La Ciencia del Cambio Climático y su Impacto

Ha habido un cambio gradual de la temperatura de la superficie durante el siglo pasado. Este cambio ha sido bien documentado. La temperatura media ha cambiado al nivel mundial (hemisferio norte) en enero y julio de 1880 a 2011 (ver Figuras 1a y 1b). La escala es Celsius multiplicada por 100. Tanto en el mes más frío y el mes más caluroso del año, se han producido aumentos constantes en la temperatura de alrededor de 1 grado C en el transcurso del siglo pasado. Este cambio de sólo un grado puede no parecer mucho, pero

---

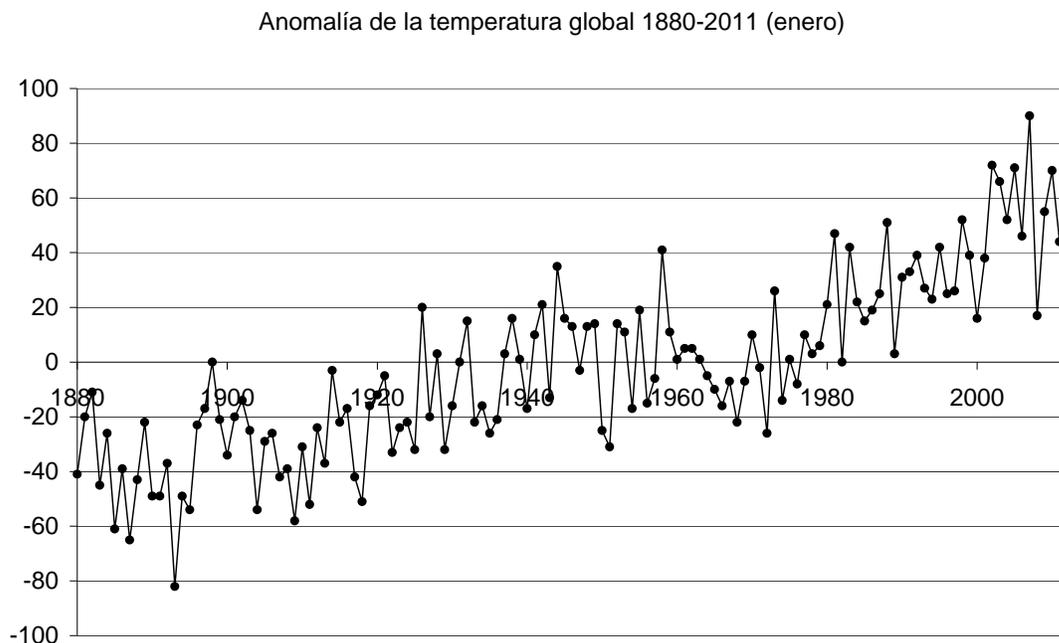
<sup>3</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b). Paper IP/C/W/369/Rev.1, revised 9 March 2006, available at [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art27\\_3b\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm), párr 45.

<sup>4</sup> *Ibid*, párr 46. Los países que han expresado este punto de vista son: el Grupo Africano, Perú, Zimbabwe y Kenia.

<sup>5</sup> Este trabajo aparecerá como un capítulo de un libro que será publicado por la Oxford University Press.

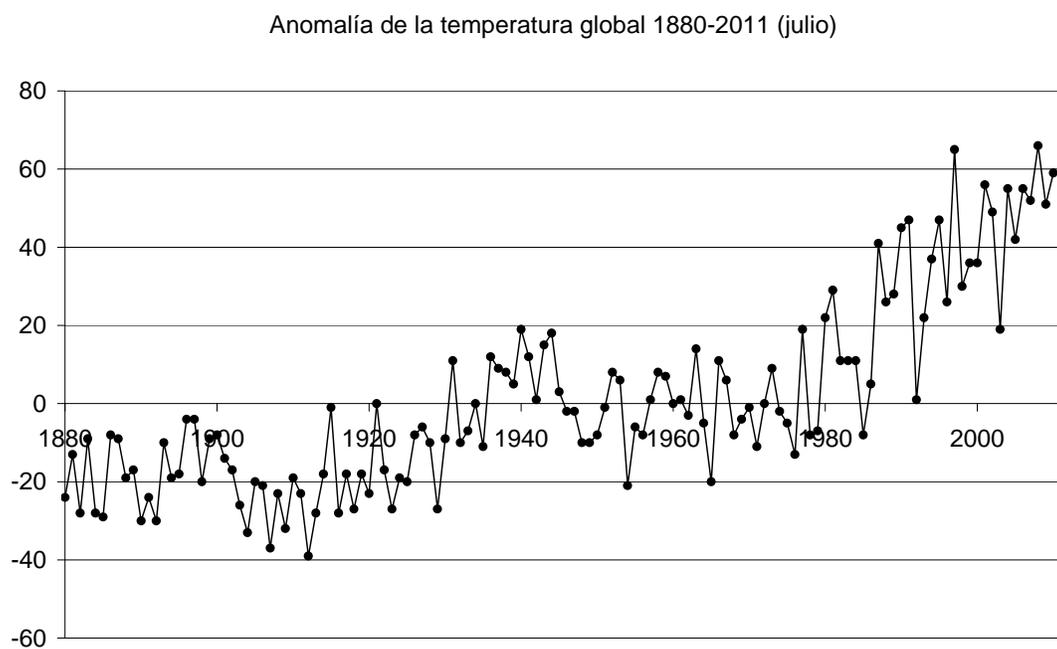
hay pruebas científicas claras de que un cambio adicional de la temperatura de 0,7 grados centígrados tendrá consecuencias serias (ver Figura 2).

Figura 1a



Fuente: <http://data.giss.nasa.gov/gistemp/tabledata/GLB.Ts+dSST.txt>

Figura 1b



Fuente: <http://data.giss.nasa.gov/gistemp/tabledata/GLB.Ts+dSST.txt>

Existe una clara vinculación entre las actividades humanas y el aumento de la temperatura principalmente a través de la emisión de gases de efecto invernadero CO<sub>2</sub> y otros (como el N<sub>2</sub>O, CFC, CH<sub>4</sub>). El informe de 2007 elaborado por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés), el Cuarto Informe de Evaluación, declaró que los cambios en las concentraciones atmosféricas de gases de efecto invernadero y aerosoles, la cubierta terrestre y la radiación solar alteran el balance energético del sistema climático. Llegó a la conclusión de que es muy probable que los aumentos en las concentraciones antropogénicas de gases de efecto invernadero hayan causado la mayor parte de los aumentos en las temperaturas medias mundiales desde mediados del siglo XX.<sup>6</sup>

¿Qué impacto tendrá sobre el hambre, la escasez de agua, las inundaciones y las enfermedades asociadas con el aumento de la temperatura? La respuesta depende de la elevación de la temperatura. Incluso si se toman medidas ahora para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>, la emisión por lo menos se duplicará a finales de 2100. Esto producirá un aumento de la temperatura media de 3 grados C (*con una banda de 95 por ciento de entre 2 a 4,5 grados C*).<sup>7</sup> En la mayoría de los casos, el número de personas afectadas en cada dimensión que se mencionó anteriormente dependerá de la temperatura en una forma no lineal. Todo esto se demuestra en la Figura 2, a continuación. Resumimos aquí lo que dice exactamente la Figura 2. En el eje vertical izquierdo, trazamos el impacto en el número de personas afectadas en términos de: (1) el hambre, (2) el paludismo y las inundaciones y (3) como resultado del aumento de la temperatura. (1) El aumento de la temperatura hará que las sequías sean más frecuentes sobre todo en África y algunos otros focos tales como América Latina y Asia. Este impacto se sentirá a partir de un aumento de la temperatura por encima de 1,7 grados C. Esto afectará negativamente a la agricultura en Australia. Sin embargo, no va a aumentar el hambre existente, ya que Australia ya está desarrollada. En África, especialmente en el África subsahariana, el aumento de la población ya está superando el aumento de la producción de alimentos. Se pondrá mucho peor en el siglo actual.<sup>8</sup> (2) La malaria llegará a nuevos lugares. Este proceso ya ha comenzado.<sup>9</sup> (3) El cambio climático dará lugar a crecientes niveles del mar. Las investigaciones han pronosticado un aumento del nivel del mar en 2100 de entre 0,5 y 1,4 metros.<sup>10</sup> También dará lugar a un aumento en las inundaciones de las cuencas hidrográficas.<sup>11</sup> Además, dará lugar a inundaciones más frecuentes en otras partes del mundo.<sup>12</sup> En el eje vertical, del lado derecho, se traza el impacto sobre la escasez de agua. Mientras que el hambre, el paludismo y las inundaciones

<sup>6</sup> IPCC Report, 2007, p. 5. Disponible en [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_spm.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_spm.pdf).

<sup>7</sup> Reto Knutti & Gabriele C. Hegerl. 2008. The equilibrium sensitivity of the Earth's temperature to radiation changes. *Nature Geoscience* 1, 735 – 743.

<sup>8</sup> Michael Herrmann. Food Security and Agricultural Development. UNCTAD Report No. 196 November 2009 (véase Figura 5 en la página 14).

UNCTAD/OSG/

<sup>9</sup> Simon I. Hay et al. Climate change and the resurgence of malaria in the East African highlands. 2002. *Nature*, Volume 415, páginas 903-909.

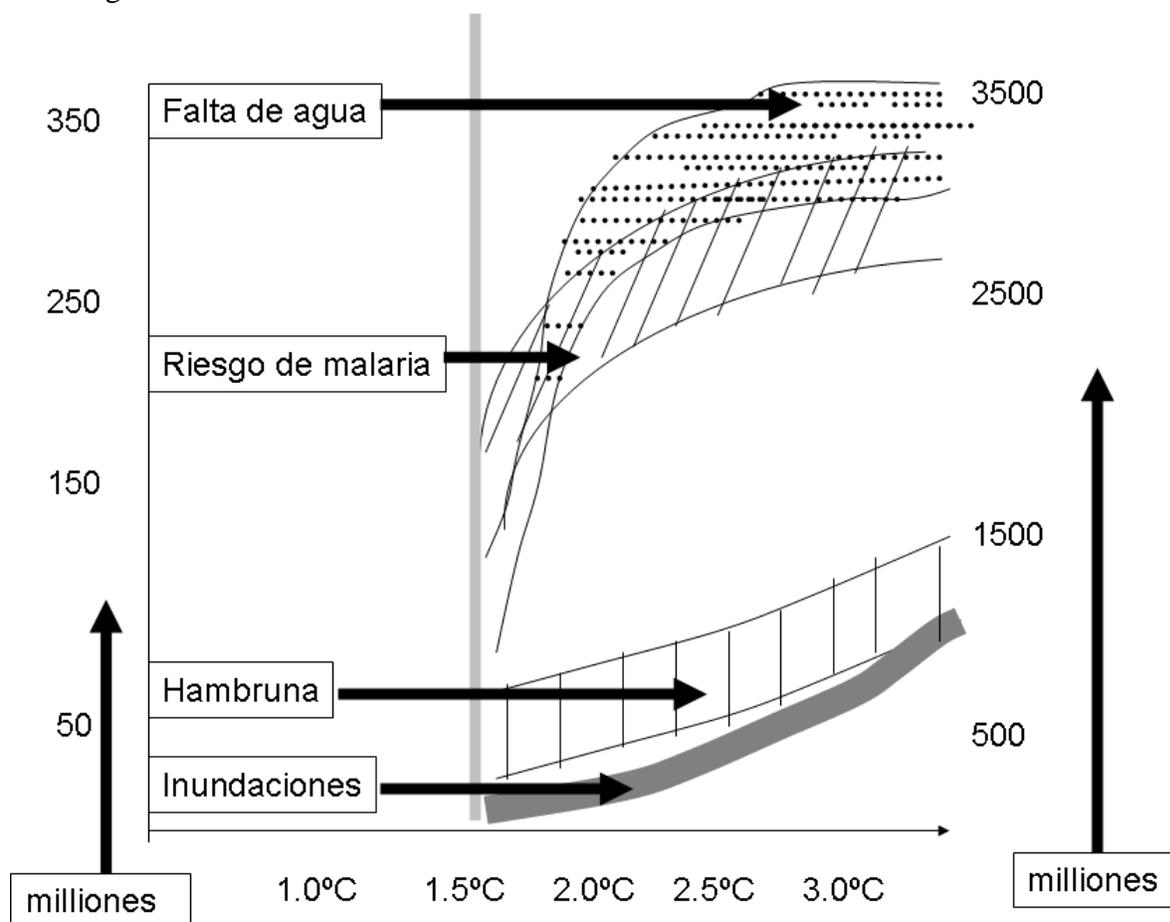
<sup>10</sup> Stefan Rahmstorf . 2007. A Semi-Empirical Approach to Projecting Future Sea-Level Rise. *Science*, Volume 315 no. 5810 páginas 368-370

<sup>11</sup> M.J. Booij / *Journal of Hydrology* 303 (2005) 176–198

<sup>12</sup> Jens H. Christensen, Ole B. Christensen. 2002. Severe summertime flooding in Europe. *Nature*, Volume 421, páginas 805-6.

afectan a decenas de millones de personas, el problema de la escasez de agua afectará a cientos de millones para el año 2080.

Figura 2



Fuente: Adaptado de Arnell, NW et al. (2002). "The consequences of CO2 stabilisation for the impacts of climate change." *Climatic Change* 53(4): 413-446.

Notas: Falta de agua se mide en la escala derecha del eje vertical. El resto se mide en la escala izquierda del eje vertical.

### III. Los DPI y la transferencia de la tecnología

El efecto de los derechos de propiedad intelectual sobre la transferencia de tecnología se debate en múltiples foros internacionales y el tema está regulado por varios acuerdos internacionales. La cuestión de los derechos de propiedad intelectual de los recursos genéticos es motivo de controversia, en particular respecto a las exenciones de agricultores y de investigación para la protección de los DPI, y si y en qué medida los derechos de propiedad intelectual deberían extenderse a los países en desarrollo. En las negociaciones sobre derechos de propiedad intelectual, transferencia de tecnología y financiamiento bajo los auspicios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), algunos países han argumentado que los DPI se tratan mejor en otros foros,

tales como la OMC o la OMPI.<sup>13</sup> Sin embargo, está más allá del alcance de este artículo analizar las discusiones sobre la transferencia de tecnología y la financiación de la CMNUCC. Más bien, el enfoque de este artículo está en el Acuerdo sobre los ADPIC, el Convenio de la UPOV y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).

El Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC establece las obligaciones internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual que son exigibles a través del sistema de solución de diferencias de la OMC. Por esta razón, a menudo se dice que el Acuerdo sobre los ADPIC es como la OMPI con dientes. El Acuerdo sobre los ADPIC incluye disposiciones relativas a derechos de propiedad intelectual sobre las nuevas obtenciones vegetales, al igual que el Convenio de la UPOV y otros instrumentos internacionales, tales como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.<sup>14</sup>

Las tecnologías de energía limpia se citan a menudo como un ejemplo del tipo de tecnología que necesita ser desarrollado y transferido a nivel internacional con el fin de combatir el cambio climático. En los debates internacionales sobre el efecto de los DPI en la transferencia de tecnologías ambientales, los países en desarrollo a menudo se basan en la experiencia en materia de patentes farmacéuticas. Sin embargo, los DPI desempeñan un papel diferente en las industrias de energía renovable de lo que hacen en el sector farmacéutico, y parecen menos propensos a crear barreras para el acceso a la tecnología.<sup>15</sup> Las obtenciones vegetales representan otra tecnología importante que los países en desarrollo, en particular, necesitarán para adaptarse a los efectos del cambio climático.<sup>16</sup> Las leyes aplicables de propiedad intelectual y las cuestiones de transferencia de tecnología son diferentes para las biotecnologías, tales como las obtenciones vegetales, donde los derechos de propiedad intelectual pueden crear barreras de acceso que sean similares a las del sector farmacéutico.<sup>17</sup> Por lo tanto, no es posible analizar el tema de los derechos de propiedad intelectual y la transferencia internacional de tecnología de una manera generalizada. El análisis debe realizarse de acuerdo a categorías específicas de la tecnología. En el caso de tecnologías de energía limpia, la disponibilidad de tecnologías que compiten entre sí va a disminuir el impacto de los DPI en su costo. En el caso de nuevas obtenciones vegetales, donde la tecnología tiene pocos o ningún sustitutos o derechos de propiedad intelectual que se concentran en manos de relativamente pocas empresas, los derechos de propiedad intelectual aumentarán los costos debido a la capacidad de fijar precios de monopolio.

---

<sup>13</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), hecho en Nueva York 9 mayo 1992, entró en vigor el 21 de marzo de 1994, disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>.

<sup>14</sup> Véase sobre este tema Gregory Rose, *International Law of Sustainable Agriculture in the 21st Century: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, 15 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 583 (2003).

<sup>15</sup> Véase John H. Barton, *Intellectual Property and Access to Clean Energy Technologies in Developing Countries: An Analysis of Solar Photovoltaic, Biofuel and Wind Technologies*, ICTSD Programme on Trade and Environment, Issue Paper No. 2, 2007.

<sup>16</sup> Intergovernmental Panel on Climate Change, *Methodological and Technological issues in Technology Transfer*, Chapter 11, disponible en [http://www.grida.no/publications/other/ipcc\\_sr/?src=/climate/ipcc/tectran/index.htm](http://www.grida.no/publications/other/ipcc_sr/?src=/climate/ipcc/tectran/index.htm).

<sup>17</sup> Véase Bradley J. Condon y Tapen Sinha, *Las Patentes para Medicamentos y los Países en Desarrollo*, Centro de Derecho Económico Internacional, Documento de trabajo No. 2, mayo de 2008, [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/archivos/investigacion/CondonSinhaPatentes.pdf](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonSinhaPatentes.pdf).

A pesar de las diferentes implicaciones que puedan tener derechos de propiedad intelectual en diferentes tecnologías, el debate sobre derechos de propiedad intelectual y transferencia de tecnología tiende a dividirse sobre líneas Norte-Sur, ya sea con respecto a las tecnologías limpias de energía, obtenciones vegetales u otras tecnologías ambientales. En las negociaciones sobre el cambio climático, los países en desarrollo impulsan la financiación de la adquisición de tecnología o la relajación de los DPI para reducir el costo de la adquisición de tecnología, mientras que los países desarrollados tienden a defender los derechos de propiedad intelectual. Esto refleja la concentración de las tecnologías y los derechos de propiedad intelectual en los países desarrollados y la predicción de que habrá impactos desproporcionados del cambio climático en los países en desarrollo. El papel que desempeñan los DPI en la transferencia de tecnología en los países en desarrollo científicamente más avanzados será muy diferente en los países más pobres, menos científicamente avanzados.<sup>18</sup>

Cuando las tecnologías maduren y caduquen los DPI, su costo bajará. Sin embargo, las nuevas tecnologías pueden ser más eficaces y, por tanto, más deseables. Muchas de las tecnologías relevantes son propiedad de intereses privados en los países desarrollados, no de los gobiernos, y sería adquirido por los intereses privados en los países en desarrollo. Es poco probable que las empresas privadas hagan la transferencia de tecnología de una manera que perturbe su competitividad y estarían preocupadas por la creación de nuevos competidores entre los beneficiarios de las tecnologías. Como Sean Murphy ha sostenido, la naturaleza comercial y privada de la biotecnología y la rapidez con que cambia la tecnología hace que las negociaciones intergubernamentales segmentadas sean un medio inadecuado de abordar las preocupaciones con respecto a la transferencia de biotecnología.<sup>19</sup>

Los derechos de propiedad intelectual crean obstáculos más significativos a la transferencia de nuevas obtenciones vegetales de lo que hacen en el caso de la transferencia de tecnología de energía limpia, debido a la concentración de derechos de propiedad intelectual entre relativamente pocas empresas multinacionales. Esto se compensa en parte, puesto que los Miembros de la OMC tienen el derecho de emitir licencias obligatorias, pero con la obligación de pagar una indemnización. Sin embargo, los países en desarrollo que han emitido licencias obligatorias para productos farmacéuticos han tenido que resistir la presión política de los Estados Unidos y la Unión Europea por no ejercer las licencias obligatorias. También han estado bajo presión de los propietarios de patentes.<sup>20</sup> Además, la ingeniería inversa de obtenciones vegetales genéticamente modificadas puede resultar más difícil de aplicar que para los productos farmacéuticos. Este tipo de reto tecnológico puede hacer que las licencias obligatorias sean menos viables para las obtenciones vegetales genéticamente modificadas que para los productos farmacéuticos. No obstante, hay fuertes paralelismos entre las obtenciones vegetales y los productos farmacéuticos con respecto al impacto de los DPI en la transferencia de tecnología.

En general, los países en desarrollo son más vulnerables a los impactos del cambio climático en la agricultura y los agricultores de subsistencia. El impacto del cambio climático en la agricultura afecta desproporcionadamente a los países en desarrollo, por

---

<sup>18</sup> Barton, op cit..

<sup>19</sup> Sean D. Murphy, *Biotechnology and International Law*, 42 Harv. Int'l L.J. 47 (2001),

<sup>20</sup> Bradley J. Condon and Tapen Sinha, *Global Lessons from the AIDS Pandemic: Economic, Financial, Legal and Political Implications*, Springer-Verlag, 2008, 161-162.

varias razones. El cambio climático tendrá un mayor impacto en la viabilidad de las variedades vegetales tradicionales de los países en desarrollo en los trópicos que en los países desarrollados en las zonas templadas. Esto significa que la necesidad de semillas transgénicas será mayor en los países en desarrollo. Sin embargo, un mayor porcentaje de la población depende de la agricultura en los países en desarrollo (50% en la India, por ejemplo) y los más pobres en los países en desarrollo dependen de la agricultura de subsistencia. Su pobreza significa que se basan en la recolección de semillas de variedades tradicionales de plantas a sembrar para las cosechas futuras. Sin embargo, con el cambio climático, estas variedades podrían ser cada vez más insostenibles. Con el declive en la producción de estas variedades, los países en desarrollo necesitarán mayor acceso a las variedades transgénicas que pueden elevar los rendimientos y adaptarse al cambio climático. Sin embargo, la gran mayoría de los derechos de estas variedades transgénicas pertenecen a las corporaciones en los Estados Unidos, Europa y Japón. El porcentaje de los cultivos transgénicos propiedad de Monsanto es: el 91% de la soja, el 97% del maíz, el 63% de algodón y 59% de la colza. Por lo tanto, la seguridad alimentaria de los países en desarrollo dependerá de acceso a la tecnología de los países desarrollados, en particular, las empresas privadas de países desarrollados. Esto le dará a una empresa como Monsanto un poder de negociación considerable sobre los gobiernos de los países.<sup>21</sup> Las seis grandes empresas multinacionales (DuPont, BASF, Monsanto, Syngenta, Bayer y Dow), no sólo poseen los cultivos transgénicos, sino que durante junio de 2008 y junio de 2010 han patentado el 77 por ciento de todos los genes de cultivos listos para el cambio climático.<sup>22</sup>

Innovaciones en el mejoramiento de las plantas juegan un papel importante en una serie de objetivos de interés público, como la seguridad alimentaria, el medio ambiente, la sostenibilidad, y las transiciones en la economía rural. Estas innovaciones dependen de los conocimientos específicos, el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías y el acceso a los recursos genéticos y de capital. Los agricultores y los cultivadores tienen un interés en la competencia en el mercado de semillas. Sin embargo, el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual se ha combinado con los avances tecnológicos para producir la consolidación cada vez mayor entre las empresas, con sólo unas pocas empresas que controlan ahora una gran parte del mercado mundial para los cultivos principales. Esto hace que una parte creciente de la oferta mundial de alimentos depende de unas pocas empresas que podrían obstaculizar la competencia y el acceso a la biotecnología a través del uso estratégico de los derechos de propiedad intelectual y la conducta monopólica. La privatización y la concentración de la selección fitogenética también tienen implicaciones para la biodiversidad, en particular en los países en desarrollo. El fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual puede entrar en conflicto con los objetivos del desarrollo. El fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, contribuyendo a una diversidad decreciente en las empresas titulares, también amenaza la innovación en el

---

<sup>21</sup> La bibliografía relevante en este tema incluye: IP in Biodiversity and Agriculture: Regulating the Biosphere, (eds Drahos and Blakeney) (Sweet & Maxwell, London, 2001); Carliene Brenner, Integrating biotechnology in agriculture: Incentives, constraints, and, country experiences, (OECD, 1996); OECD-FAO Agricultural Outlook 2008-2017, (OECD-FAO, 2008); Michael Blakeney, Intellectual Property Rights and Food Security, (CABI, Wallingford-Massachusetts, 2009); The Bioeconomy to 2030: Designing a Policy Agenda, (OECD, 2009); and Biotechnologies in Agriculture and Related Natural Resources to 2015, (OECD, 2009).

<sup>22</sup> ETC Group, 2010. Gene Giants Stockpile Patents on “Climate-ready” Crops in Bid to become “Biomasters”, available at <http://www.etcgroup.org/en/node/5220>.

fitomejoramiento.<sup>23</sup> Estos impactos negativos de los derechos de propiedad intelectual se harán más evidentes mientras el cambio climático comienza a tener un mayor impacto en el rendimiento de los cultivos. La combinación del cambio climático, el aumento de los derechos de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales y la creciente demanda de los suministros de alimentos plantea serias preocupaciones sobre el acceso asequible a las nuevas biotecnologías y alimentos básicos en los países en desarrollo. Los avances tecnológicos también pueden requerir una nueva evaluación de las políticas en materia de derechos de propiedad intelectual sobre las obtenciones vegetales. La tecnología genética de restricción de uso o los genes “terminator” hacen que la semilla cosechada sea estéril. Esta tecnología impide que los agricultores vuelvan a plantar las semillas guardadas y de este modo se consolida el monopolio de las compañías de semillas. Cuando se aplica a las semillas que están protegidas por derechos de propiedad intelectual, esta tecnología no sólo evita la infracción de derechos de propiedad intelectual y la aplicación de la exención de los agricultores, sino que también garantiza la continuidad del monopolio más allá de la vida de cualquier patente o derecho de obtentor.<sup>24</sup> La llegada de los genes “terminator” plantea la cuestión de si, en lugar de fortalecer los derechos de propiedad intelectual, los gobiernos deberían centrarse en el fortalecimiento de las leyes de competencia para mejorar el acceso a nuevas variedades de plantas que pueden adaptarse al cambio climático. En efecto, como señala Debra M. Strauss, la aplicación de los derechos de propiedad intelectual a la biotecnología puede perjudicar el interés público en la seguridad de un suministro mundial de alimentos.<sup>25</sup>

Como la Figura 3 demuestra, la gran mayoría de la población mundial seguirá estando en los países en desarrollo a finales de este siglo, cuando se esperan los graves impactos del cambio climático. Lo que es notable acerca de la Figura 3 es que los países que estaban en la liga de los países desarrollados en 1800, fueron los mismos en 2000 (con una clara excepción: Japón). Sin embargo, esto va a cambiar sustancialmente en el siglo XXI. Entre los países con más de 100 millones de habitantes, es probable que Brasil, China, India, Indonesia, México, Rusia se unan a la liga de los países desarrollados (junto con un grupo de los más pequeños). Algunos de los principales países en desarrollo han comenzado a producir las tecnologías de energía limpia (China, por ejemplo) y las obtenciones vegetales (Brasil, por ejemplo). Es probable que continúe esta tendencia. Por lo tanto, el papel que desempeñan los DPI en la transferencia de tecnología en los países en desarrollo científicamente más avanzados será muy diferente que en los países más pobres, y menos científicamente avanzados.<sup>26</sup>

---

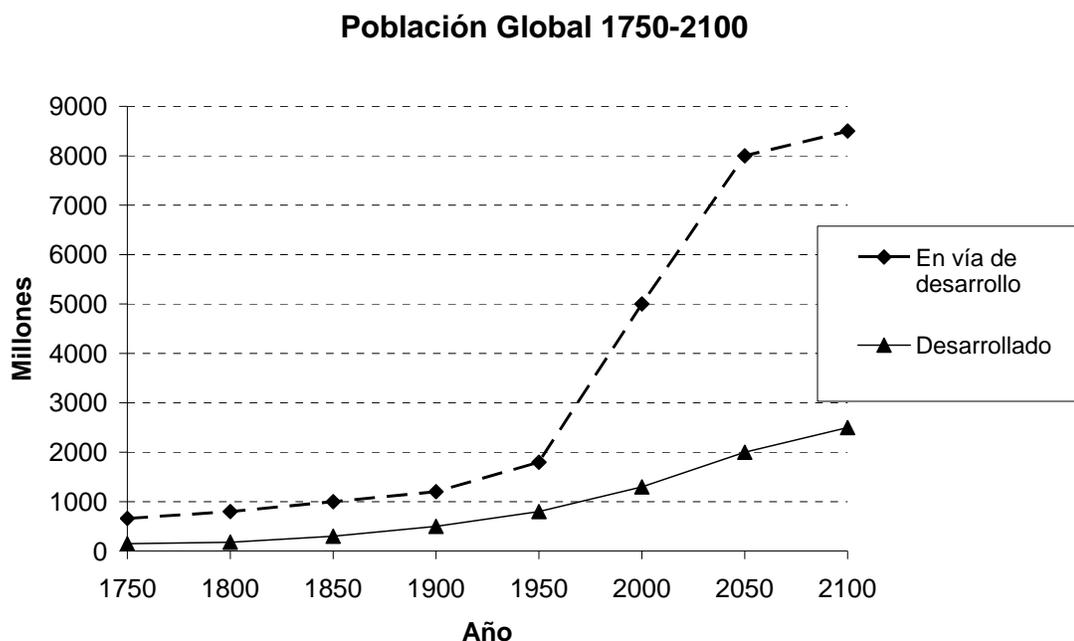
<sup>23</sup> Niels Louwaars, et al, *Breeding Business. The Future of Plant Breeding in the Light of Developments in Patent Rights and Plant Breeder’s Rights* (December 30, 2009). Netherlands Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality (LNV), Wageningen, Centre for Genetic Resources (CGN) – Wageningen University and Research Centre, December 2009. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1720088>.

<sup>24</sup> Enrico Bonadio, *Crop Breeding and Intellectual Property in the Global Village*, 29:5 *European Intellectual Property Review*. (2007) Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1677512>.

<sup>25</sup> Debra M. Strauss, *The Application of TRIPS to GMOs: International Intellectual Property Rights and Biotechnology*, 45 *Stan. J Int’l L.* 287 (2009), 291.

<sup>26</sup> John H. Barton, *Intellectual Property and Access to Clean Energy Technologies in Developing Countries: An Analysis of Solar Photovoltaic, Biofuel and Wind Technologies*, ICTSD Programme on Trade and Environment, Issue Paper No. 2, 2007.

Figura 3



Todos los factores anteriores indican que es probable que la forma actual del debate sobre los derechos de propiedad intelectual cambie con el tiempo. Sin embargo, los problemas continuarán variando con la tecnología. En la actualidad, los derechos de propiedad intelectual representan un obstáculo mucho más importante para la transferencia internacional de biotecnología que lo que hacen en otras áreas de las tecnologías necesarias para mitigar y adaptarse al cambio climático. Esto se debe a la concentración de derechos de propiedad intelectual entre un número reducido de empresas multinacionales en los países desarrollados y la vulnerabilidad de los países en desarrollo a los impactos del cambio climático en la agricultura y los agricultores de subsistencia.

#### IV. El artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC

El artículo 66.2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que los países desarrollados Miembros "ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros, con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable". Si bien esta disposición parece crear una obligación jurídica vinculante, es impreciso respecto a los resultados específicos y los tipos de incentivos que constituyen el cumplimiento de la obligación. No hay ninguna obligación específica con respecto a las categorías de tecnología o de las cantidades o calidades de las tecnologías. La única obligación para los gobiernos de los países desarrollados es crear incentivos. Muchos países desarrollados podrían argumentar que sus programas de ayuda extranjera ya constituyen el cumplimiento de esta obligación, por ejemplo. No hay obligación de que los gobiernos requieren transferencia de tecnología a los países menos adelantados. Por lo tanto, es poco probable que un país menos adelantado tuviera éxito en convencer a un grupo especial de la

OMC que un país desarrollado no ha cumplido con el artículo 66.2.<sup>27</sup> Además, la obligación se limita a la transferencia de tecnología a los países menos adelantados.<sup>28</sup> Así, el artículo 66.2 no puede ser utilizado como una base para solicitar transferencia de tecnología a los países en desarrollo.

Sin embargo, el artículo 66.2 no es la única disposición que es relevante para la cuestión de la transferencia de tecnología. Otras disposiciones son también relevantes, pero la tecnología y sus derechos de propiedad intelectual relacionados determinará cuáles otras disposiciones serán pertinentes en cada caso. El Acuerdo sobre los ADPIC contiene disposiciones específicas con respecto a las variedades de plantas que son relevantes para la determinación de cómo la transferencia de tecnología podría ocurrir con respecto a esta área de la tecnología. Del mismo modo, el Acuerdo sobre los ADPIC contiene disposiciones relativas a las patentes de productos farmacéuticos que son relevantes para la determinación de cómo la transferencia de tecnología podría ocurrir con respecto a esta área de la tecnología (por ejemplo, por medio de las licencias obligatorias). Aunque puede haber cierta coincidencia entre las disposiciones pertinentes para cada uno de estos dos temas, deben ser analizados por separado. Además, las disposiciones relevantes del Acuerdo sobre los ADPIC deben ser analizados en conjunto con otras normas internacionales relevantes en cada área de la tecnología. En el caso de las nuevas variedades vegetales, las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC deben ser analizadas junto con el Convenio de la UPOV y el CDB.

El artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere a la materia patentable. La primera frase del artículo 27.1 dispone que las patentes podrán obtenerse por 'todas las invenciones', sean de productos o de procedimientos, y en todos los campos de la tecnología. Las invenciones deben cumplir con cada uno de tres criterios: (1) que sean "nuevas", (2) que "entrañen una actividad inventiva" y (3) que sean "susceptibles de aplicación industrial". No existe una definición del término 'invenciones', o la expresión "nuevo". Sin embargo, la nota 5 dispone que todo Miembro podrá considerar que las expresiones "actividad inventiva" y "susceptibles de aplicación industrial" son sinónimos respectivamente de las expresiones "no evidentes" y "útiles". La primera frase del artículo 27.1 también está sujeta a las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del mismo artículo.

La segunda frase del artículo 27.1 obliga a los Miembros de la OMC otorgar las patentes y los derechos de las patentes sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos localmente. Esta obligación de no discriminación está sujeta al artículo 27.3. Según el Grupo Especial en *Canadá - Patentes Farmacéuticas*, el término 'discriminar' en el artículo 27.1 es potencialmente más amplio que el trato nacional o de la nación más favorecida. La discriminación puede surgir de un tratamiento expresamente diferente (la discriminación *de jure*) o de un tratamiento aparentemente idéntico que, debido a las diferencias en las circunstancias, produce efectos desfavorables (la discriminación *de facto*).<sup>29</sup> El artículo 1.3

---

<sup>27</sup> Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas Antidumping y Medidas Compensatorias de las chapas de acero de la India*, WT/DS206/R, adoptado el 29 de julio de 2002, párr. 7.110, en la que el Grupo Especial constató que el lenguaje impreciso del artículo 15 del Acuerdo Antidumping no impone ninguna obligación específica o general a seguir un determinado procedimiento.

<sup>28</sup> La OMC reconoce como países menos adelantados a los países que han sido designados como tales por las Naciones Unidas.

<sup>29</sup> Informe del Grupo Especial, *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, WT/DS114/R, adoptado el 7 de abril de 2000, párrafo 7.94.

del Acuerdo sobre los ADPIC exige que el trato se dé a 'nacionales' y que tanto el trato nacional y las obligaciones NMF en el Acuerdo sobre los ADPIC se aplica a los nacionales. Por lo tanto, en algunos casos, el artículo 27.1 sólo se exige la no discriminación con respecto a los inventores.

El artículo 27.3 (b) permite a los Miembros 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". Sin embargo, el artículo 27.3 (b) exige que los Miembros "otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste".<sup>30</sup> Así, el artículo 27.3 (b) inicialmente prevé una excepción a las obligaciones contenidas en el artículo 27.1, mediante la creación de un derecho de excluir a los animales y las plantas de la patentabilidad, pero luego se crea la obligación de otorgar derechos de propiedad intelectual de los inventores de obtenciones vegetales. Sin embargo, esos DPI no tienen que estar en la forma de patentes. Por el contrario, puede ser mediante patentes, un sistema eficaz *sui generis* o cualquier combinación de los mismos. La obligación en cuanto a derechos de propiedad intelectual sobre las obtenciones vegetales es más flexible que las obligaciones de patentes de otros productos y procesos. En este sentido, constituye una excepción a la obligación de no discriminación en el artículo 27.1. Sin embargo, el artículo 27.3 (b) también limita el derecho de excluir a las plantas de alguna forma de protección de la propiedad intelectual cuando se trata de las obtenciones vegetales.

Los requisitos generales de patentabilidad se aplican a las obtenciones vegetales. Por ejemplo, las variedades existentes de las plantas no son patentables porque no son nuevas invenciones.<sup>31</sup> Sin embargo, los requisitos generales de patentabilidad no se aplican a un sistema *sui generis* de derechos de propiedad intelectual sobre las obtenciones vegetales. El único requisito para un sistema *sui generis* es que sea "eficaz". Esta interpretación se apoya en el uso del término "obtenciones vegetales", en lugar de "nuevas obtenciones vegetales". Las obtenciones vegetales sólo necesitan ser nuevas para poder obtener una patente. El Convenio de la UPOV también requiere que una variedad vegetal sea nueva para tener derecho a los derechos de obtentor. Por lo tanto, un sistema *sui generis* puede conceder derechos de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales en relación con los usos de las variedades de plantas existentes.<sup>32</sup> Esto puede impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual para este uso, por medio de patentes o derechos de los obtentores de la UPOV, demostrando que el uso no es "nuevo".<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> El texto en español requiere la protección de 'todas las obtenciones vegetales', mientras que en inglés ('*provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof*') y en el francés no se especifica el alcance de esta obligación de esta manera. Este punto se ha planteado en las negociaciones de la Ronda de Doha en cuanto al alcance de la materia que está cubierta por la obligación. Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), párrafo 52.

<sup>31</sup> Sin embargo, estas cuestiones se determinan al nivel nacional, caso por caso.

<sup>32</sup> Thomas Cottier, The Protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge: Towards More Specific Rights and Obligations in World Trade Law, 1 Journal of International Economic Law 555 (1998), n 68 [Cottier, 'Genetic Resources']. Véase también Thomas Cottier and Mario Panizzon, Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection, 7 Journal of International Economic Law 371 (2004)

<sup>33</sup> Adam Masarek, Treetop View of the Cathedral: Plant Variety Protection in South and Southeast Asian Least-Developed Countries, 24 Emory International Law Review 433 (2010), 462.

La historia de la negociación del artículo 27 demuestra que los negociadores eran conscientes de la negociación de las revisiones del Convenio de la UPOV.<sup>34</sup> La historia de la negociación también muestra que algunas de las partes querían excluir de la patentabilidad las plantas, mientras que otras creían que las patentes promueven la innovación, al exigir la divulgación del proceso inventivo.<sup>35</sup> La historia de la negociación indica que el artículo 27.3 (b) representa un compromiso que permite flexibilidad en cuanto al diseño de los DPI sobre las obtenciones vegetales. Sin embargo, mientras que la historia de la negociación indica que el sistema *sui generis* que algunas de las partes tenían en mente era el Convenio de la UPOV, el texto final del artículo 27.3 (b) no se limita a este sistema de protección.<sup>36</sup> En las negociaciones de la Ronda de Doha varios Miembros de la OMC (en su mayoría países desarrollados) han argumentado que el Convenio de la UPOV es un sistema *sui generis* eficaz como exige el artículo 27.3 (b) y que su uso debe ser generalizado.<sup>37</sup> Otros Miembros de la OMC (en su mayoría países en desarrollo) han argumentado que el artículo 27.3 (b) no obliga a los Miembros a utilizar el Convenio de la UPOV como modelo, aunque puede ser un importante punto de referencia.<sup>38</sup> Los Miembros son libres de elegir un sistema basado en otros modelos, como el CDB y el Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos.<sup>39</sup>

La mayoría de los miembros de la UPOV son Miembros de la OMC, pero la mayoría de los Miembros de la OMC no son miembros de la UPOV.<sup>40</sup> La interpretación del artículo 27.3 (b) para exigir que los Miembros adopten el Convenio de la UPOV para cumplir con la obligación de utilizar un sistema eficaz *sui generis* parece poco probable. El texto del artículo 27.3 (b) no es compatible con esta interpretación. Más bien, refleja la falta de

---

<sup>34</sup> Note by the Secretariat, Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Meeting of the Negotiating Group of 12-14 July 1989, Chairman: Ambassador Lars E. R. Anell (Sweden), MTN.GNG/NG11/14, 12 September 1989.

<sup>35</sup> *Ibid.* Véase también Note by the Secretariat, Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Meeting of the Negotiating Group of 30 October-2 November 1989, Chairman: Ambassador Lars E. R. Anell (Sweden), MTN.GNG/NG11/16, 4 December 1989.

<sup>36</sup> Cottier, 'Genetic Resources', n 68.

<sup>37</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), para 61. Los miembros son: Comunidades Europeas, Japón, Suiza, Estados Unidos, y Uruguay. Para un análisis de lo que equivale a un sistema *sui generis* eficaz como exige el artículo 27.3 (b), véase Srividhya Ragavan and Jamie Mayer, Has India Addressed Its Farmers' Woes? A Story of Plant Protection Issues (18 de enero de 2011). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1742708>.

<sup>38</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), *ibid.*, para 62. Los Miembros son: Brasil, India, Malasia, México, Singapur, Zambia, Zimbabwe, y el Grupo Africano.

<sup>39</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), para 62. Los miembros que han expresado este punto de vista son: Brasil, India, Zambia, Zimbabwe, y el Grupo Africano. Para un análisis del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, véase Gregory Rose, International Law of Sustainable Agriculture in the 21st Century: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 15 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 583 (2003), Harold J. Bordwin, The Legal and Political Implications of the International Undertaking on Plant Genetic Resources, 12:4 Ecology L.Q. 1053 (1985) y Kal Raustiala & David G. Victor, The Regime Complex for Plant Genetic Resources, Working Paper 14, Program on Energy and Sustainable Development, Stanford University Center for Environmental Science and Policy, 2003, [http://iis-db.stanford.edu/pubs/20190/pgr\\_regime\\_complex.pdf](http://iis-db.stanford.edu/pubs/20190/pgr_regime_complex.pdf).

<sup>40</sup> Hasta el 4 de abril de 2011, había 69 miembros de la UPOV, 46 de los cuales eran partes en el Acta de 1991 y 23 de los cuales eran partes en el Acta de 1978. Los miembros de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, <http://www.upov.int/en/about/members/pdf/pub423.pdf>, consultado 12 de mayo 2011.

acuerdo sobre esta cuestión en la Ronda Uruguay. Además, las actas del Convenio de la UPOV de 1978 y 1991 son significativamente diferentes en varios aspectos importantes, por lo que no estaría claro cuál sería el más "eficaz". Si bien la Convención de Viena permite la interpretación de los términos del tratado a la luz de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, en estas circunstancias no sería adecuado interpretar el artículo 27.3 (b) a la luz del Convenio de la UPOV. Sin embargo, algunos países se están comprometiendo a adoptar el Convenio de la UPOV de 1991, por medio de tratados de libre comercio.<sup>41</sup>

El artículo 27.3 (b) fue objeto de examen cuatro años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Este requisito de revisión proporciona una indicación más de que el artículo 27.3 (b) representa un compromiso. Sin embargo, el artículo 19 de la Declaración de Doha de 2001 amplió esta revisión para exigir al Consejo de los ADPIC también examinar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore. La Declaración de Doha también requiere que el trabajo sobre estos temas sea guiado por los objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 7) y principios (artículo 8), y tenga los temas de desarrollo plenamente en cuenta.<sup>42</sup> En las negociaciones de la Ronda de Doha, varios Miembros han hecho hincapié en la flexibilidad del artículo 27.3 (b) con respecto a la elección de la protección *sui generis* y varios han argumentado que el término "sistema eficaz *sui generis*" requiere una mayor clarificación.<sup>43</sup> Los Estados Unidos han aducido que hay criterios específicos que pueden ser utilizados para juzgar la eficacia de un sistema *sui generis*, mientras que otros Miembros han sostenido que la cuestión de si un sistema *sui generis* es eficaz se debe dejar decidir a los Miembros.<sup>44</sup> Dada la falta de criterios en el Acuerdo sobre los ADPIC y el debate en curso entre los Miembros, podría ser considerado inapropiado que un grupo especial de la OMC o el Órgano de Apelación resuelva este problema mediante la definición de los criterios. Sin embargo, un grupo especial podría considerar la cuestión de la efectividad de los recursos que el ordenamiento jurídico del Miembro de la OMC proporciona para establecer y hacer cumplir las resoluciones judiciales en favor de los propietarios.<sup>45</sup> Este enfoque podría ser justificado por la interpretación del término "eficaz" a la luz de las obligaciones en materia de observancia de los DPI en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC.

La Conferencia Ministerial de la OMC en Hong Kong en 2005 agregó un proceso separado de consultas sobre la relación entre el CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC, presidido por el Director General Pascal Lamy. La adopción del Protocolo de Nagoya<sup>46</sup> ha

<sup>41</sup> Véase por ejemplo, Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, artículo 16.1(3)(c), disponible en <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727> y Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area, artículo 4.1(b), disponible en [http://www.ustr.gov/webfm\\_send/1041](http://www.ustr.gov/webfm_send/1041).

<sup>42</sup> Declaración Ministerial de 20 de noviembre de 2001, documento WT / MIN (01) / DEC / 1, adoptada el 14 de noviembre de 2001, [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm). Véase también [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art27\\_3b\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm).

<sup>43</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), para 47. Los Miembros son: Brasil, India, Kenya, en nombre del Grupo Africano, Tailandia, y las Comunidades Europeas.

<sup>44</sup> *Ibid*, para 50.

<sup>45</sup> Adam Masarek, Treetop View of the Cathedral: Plant Variety Protection in South and Southeast Asian Least-Developed Countries, 24 Emory Int'l L. Rev. 433 (2010), 460.

<sup>46</sup> El Protocolo de Nagoya fue adoptado por la Conferencia de las Partes (COP) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) en su 10<sup>a</sup> reunión el 29 de octubre de 2010 en Nagoya. El texto del Protocolo de

añadido un nuevo giro a las discusiones de la OMC sobre la relación entre el CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC y la revisión del artículo 27.3 (b).<sup>47</sup> Sin embargo, los Miembros de la OMC no han llegado a un acuerdo sobre estas cuestiones. Por otra parte, sólo 13 países habían firmado el Protocolo de Nagoya a partir de mayo de 2011.<sup>48</sup> La experiencia en la Ronda Uruguay y la Ronda de Doha demuestra las dificultades de los Miembros de la OMC en alcanzar un acuerdo sobre la relación entre las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a las obtenciones vegetales, el Convenio de la UPOV y el CDB.<sup>49</sup>

El artículo 27.2 establece una excepción general a la obligación de la patentabilidad en la primera frase del artículo 27.1. Esta excepción permite a los Miembros "excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación". Esta excepción no se aplica a la obligación de no discriminación contenida en la segunda frase del artículo 27.1. Por otra parte, esta excepción sólo se aplicaría en el caso de las obtenciones vegetales si un Miembro opta por las patentes en las obtenciones vegetales. Si un Miembro opta por un sistema *sui generis* la excepción prevista en el artículo 27.2 no sería aplicable, porque no hay una cuestión de "patentabilidad".

El efecto del artículo 27.3 (b) es que los Miembros de la OMC tienen el derecho de excluir de la patentabilidad las obtenciones vegetales, a condición de que proporcionen una forma *sui generis* de protección de la propiedad intelectual. Sin embargo, si los Miembros deciden no proporcionar la protección *sui generis*, el artículo 27.3 (b) les obliga a proporcionar protección mediante patentes para las obtenciones vegetales. Esto plantea la cuestión de si un Miembro podría invocar el artículo 27.2 para justificar la exclusión de algunas variedades de plantas de la patentabilidad. La redacción del artículo 27 sugiere que esto es posible. El artículo 27.3 ofrece motivos adicionales para la no patentabilidad de las contenidas en el artículo 27.2. El artículo 27.3 se inicia con la frase: "Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad". La obligación establecida en el artículo 27.3 (b) de otorgar las patentes y / o la protección *sui generis* es una excepción a la excepción prevista en el artículo 27.2. No hay indicios de que el artículo 27.2 no puede ser invocado para

---

Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Nagoya Protocol) está disponible en <http://www.cbd.int/abs/text/>.

<sup>47</sup> WTO News, 'Nagoya gives new context to old views in intellectual property council', 1 de marzo 2011, [http://www.wto.org/english/news\\_e/news11\\_e/trip\\_01mar11\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/trip_01mar11_e.htm).

<sup>48</sup> Signatories to the Nagoya Protocol, <http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/> consulted 10 de mayo 2011.

<sup>49</sup> Los progresos realizados con respecto a la revisión del artículo 27.3 (b) en el Consejo de los ADPIC se resumen en la Nota de la Secretaría, revisión del artículo 27.3 (b). Los progresos realizados en el proceso consultivo del Director General (Pascal Lamy) sobre los ADPIC y el CDB se resumen en el Informe sobre cuestiones relativas a la extensión de la protección de las indicaciones geográficas prevista en el artículo 23 del Acuerdo sobre los ADPIC a productos distintos del vino y bebidas espirituosas y los relacionados con la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, TN/C/W/61 (también se distribuirá como WT/GC/W/633), 21 de abril de 2011, disponible en [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art27\\_3b\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm). Véase también el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2001) adoptado el 3 de noviembre de 2001 en Roma. Ver <http://www.fao.org/ag/cgrfa/itpgr.htm>.

justificar la exclusión de determinadas variedades de plantas de las patentes, una vez que un Miembro haya elegido un sistema de patentes en lugar de un sistema de protección *sui generis*. Estas exclusiones tienen que cumplir con los criterios del artículo 27.2. Sin embargo, si un Miembro opta por un sistema de protección *sui generis*, el artículo 27.2 no aplica, porque el artículo 27.2 sólo establece el derecho a excluir de la patentabilidad. No obstante, nada impide que un sistema *sui generis* excluya la protección *sui generis* de manera parecida al artículo 27.2.

Suponiendo que un Miembro de la OMC ha optado por un sistema de patentes en lugar de un sistema de protección *sui generis*, ¿cuáles exclusiones pueden cumplir con los criterios del artículo 27.2? La parte que invoca la excepción prevista en el artículo 27.2 tiene la carga de la prueba para demostrar que (1) la explotación comercial de la invención se impide en su territorio y (2) que la exclusión es necesaria "para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación".

La frase "para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente" se basa en el lenguaje del artículo XX(a) del GATT ("necesarias para proteger la moral pública") y el artículo XX(b) del GATT ("necesarias para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales"), así como artículo XIV(a) del AGCS ("necesarias para proteger la moral o mantener el orden público") y el artículo XIV(b) del AGCS ("necesarias para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales"). Dada la similitud de los términos en todas estas excepciones, es razonable interpretar el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de la correspondiente jurisprudencia del GATT y del AGCS.

El Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Juegos de azar* interpretó el término "necesarias" en el artículo XIV (a) del AGCS para significar lo mismo que el término "necesarias" en el artículo XX del GATT.<sup>50</sup> Por lo tanto, al término "necesarias" se le ha dado la misma interpretación en las excepciones similares en los acuerdos abarcados que se aplican a los diferentes sectores (bienes y servicios). Mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC se dirige a un sector diferente, *EE.UU. – Juegos de azar* indica que no es un obstáculo para la aplicación de la misma interpretación en el artículo 27.2. Más recientemente, los grupos especiales han hecho interpretaciones distintas del término "necesario" en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.<sup>51</sup> Sin embargo, el artículo 2.2 es una

<sup>50</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (EE.UU. - Juegos de azar)*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, párrafo 291. En *China - Publicaciones*, el Grupo Especial siguió la misma interpretación en el artículo XX del GATT (a). Informe del Grupo Especial, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales (China – Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363/R, adoptado el 19 enero de 2010, párrafo 7.759.

<sup>51</sup> En *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo*, el enfoque del Grupo Especial no fue significativamente diferente del enfoque tomado en el artículo XX (b). Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo (EE.UU. – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/R, párrafos 7.358-7.361. En *EE.UU. – Atún II (México)*, el enfoque del panel fue distinto al enfoque tomado en el artículo XX (b). Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (EE.UU. – Atún II (México))*, WT/DS381/R, párrafo 7.465. En *EE.UU. – EPO*, el Grupo Especial consideró que la

obligación, no una excepción, y, a diferencia del artículo 27.2 de los ADPIC, su redacción es muy distinta de lo dispuesto en el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT donde se utiliza el término "necesarias". Los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo MSF también utilizan una redacción similar a la del artículo XX (b) del GATT y, al igual que el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, establecen las obligaciones en lugar de las excepciones. Sin embargo, la jurisprudencia aún tiene que determinar el grado en que la interpretación del artículo XX (b) del GATT es pertinente para la interpretación del Acuerdo MSF.<sup>52</sup> Los Miembros de la OMC citan la jurisprudencia de la OMC en los argumentos jurídicos en los procedimientos de solución de diferencias y tienen en cuenta la jurisprudencia a la hora de promulgar o enmendar la legislación nacional.<sup>53</sup> Los Miembros de la OMC también toman en cuenta la jurisprudencia en las negociaciones comerciales. Por lo tanto, las interpretaciones de términos idénticos deben ser similares, dadas las similitudes en el lenguaje que se utiliza en las disposiciones del GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC, además del hecho de que las tres son excepciones y de los contextos similares de estas disposiciones.

El contexto del artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC no es idéntico al contexto del artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT. El término "orden público" es más amplio en el artículo 27.2, ya que se incluyen medidas " para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente". El artículo XX(a) del GATT y artículo XIV(a) del AGCS no se aplican a la salud o la vida de las personas o de los animales o los vegetales, que se aborda en el artículo XX (b) del GATT y artículo XIV (b) del AGCS. El artículo XX (b) del GATT se ha interpretado para incluir medidas de protección del medio ambiente, siempre y cuando la medida en cuestión esté diseñada para proteger "los animales o para preservar los vegetales".<sup>54</sup> La referencia al medio ambiente en el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC es más estrecha, ya que se limita a "perjuicio grave". Sin embargo, la frase "para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales", como en el artículo XX (b) del GATT, debe comprender la protección del medio ambiente y las medidas diseñadas para proteger "a los animales o para preservar los vegetales." Las medidas ambientales que no responden a estos problemas enfrentan el umbral más estricto de "perjuicio grave" en el

---

jurisprudencia del artículo XX del GATT (b) es pertinente para la interpretación del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, pero no terminó su análisis en este sentido. Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EE.UU. - EPO)*, WT/DS384/R, WT/DS386/R, párrafos 7.670, 7.693 y 7.720. Los tres informes de grupos especiales se encuentran actualmente en apelación.

<sup>52</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) (CE - Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafos 238-239; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China (EE.UU. - Aves de corral (China))*, WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010, párrafos 7.268-7.269, 7.479-7.481.

<sup>53</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Final Medidas antidumping sobre el acero inoxidable procedente de México (EE.UU. - Acero inoxidable (México))*, WT / DS344/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 2008, párrafo 160.

<sup>54</sup> Informe del Grupo Especial, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil - Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 2009, párrafos 7.44 a 7.46. Dada que artículo XIV del AGCS (b) utiliza un lenguaje idéntico, la misma interpretación debe aplicarse, teniendo en cuenta la interpretación que el Órgano de Apelación del artículo XIV (a) del AGCS en *EE.UU. - Juegos de azar*.

artículo 27.2 de los ADPIC. Sin embargo, en conjunto, el artículo XX (a) y (b) del GATT, el artículo XIV (a) y (b) del AGCS y el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC cubren sustancialmente las mismas cuestiones.

Hay otra diferencia en el contexto del artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, en comparación con el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT. Mientras que el lenguaje del preámbulo del artículo XIV del AGCS en relación con la discriminación arbitraria o injustificable refleja los términos del preámbulo del artículo XX del GATT, el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC no contiene ningún texto similar. Sin embargo, el artículo 27.2 no se aplica a la obligación de no discriminación del artículo 27.1. Así, el artículo 27.2 debe ser interpretado para exigir el cumplimiento de la obligación de la no discriminación del artículo 27.1, lo cual tendría un efecto similar a los requisitos de no discriminación establecidos en el preámbulo del artículo XIV del AGCS y del artículo XX del GATT.<sup>55</sup> Sin embargo, en el caso de las plantas, el artículo 27.3 opera como una excepción a la obligación de no discriminación en el artículo 27.1, excepto en el caso de las obtenciones vegetales. Por otra parte, el demandante tendría la carga de probar una violación de la obligación de no discriminación del artículo 27.1, mientras que el demandado tendría la carga de la prueba en el preámbulo en el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT.

Otra diferencia entre el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, y el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT, tiene que ver con una diferencia lingüística. En inglés y francés, el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC utiliza la misma forma de la palabra “necesarias” que en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS, pero en español hay una pequeña variación. El término en español es “necesarias” en el GATT y el AGCS y “necesariamente” en el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. El texto en español sugiere que la diferencia entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el GATT y GATS es debido a las diferencias gramaticales en la estructura de la disposición: el texto en español utiliza un adverbio que se aplica a un verbo, mientras que los textos en francés e inglés utilizan un adjetivo aplicado a un sustantivo. Esta diferencia no cambia el sentido de la frase. Además, el texto en francés y en inglés indica que los negociadores tenían la intención de transmitir la misma idea en los tres idiomas.

Una última diferencia en el contexto del artículo 27.2, en comparación con el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT, es el requisito final de la primera. En el artículo 27.2 de los ADPIC, la parte que invoca la excepción también debe demostrar que la "exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación". Sin embargo, la manera en que el artículo 27.2 utiliza esta frase sugiere que la investigación debe llevarse a cabo en un contexto más amplio que la ley nacional del Miembro en cuestión. Además, la justificación de la exclusión debe estar basada en uno de

---

<sup>55</sup> En cuanto a la no discriminación en el artículo 27, en Canadá - Patentes para productos farmacéuticos, el Grupo Especial declaró:

"El artículo 27 no prohíbe las auténticas excepciones para hacer frente a problemas que pueden existir sólo en determinadas áreas de productos. Por otra parte, en la medida de la prohibición de discriminación no limita la capacidad de dirigirse a ciertos productos para hacer frente a algunas de las políticas nacionales importantes se refieren los artículos 7 y 8.1, este hecho puede muy bien constituir una limitación deliberada en vez de una frustración de la finalidad. Es bastante probable ... que el Acuerdo sobre los ADPIC se quiere exigir a los gobiernos a aplicar las excepciones de una manera no discriminatoria, a fin de garantizar que los gobiernos no sucumbir a las presiones internas para limitar las excepciones a las áreas donde los titulares de derechos tienden a ser extranjeros los productores".

los motivos de exclusión permisibles establecidos en el artículo 27. La historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC parece confirmar esto, ya que, en un proyecto anterior, aparece la "ley" como uno de los motivos permitidos para la exclusión y no se incluyó en el texto final.<sup>56</sup> La patentabilidad de la materia en otras jurisdicciones puede apoyar la idea de que la exclusión de la patentabilidad en la medida del demandado se haga meramente porque la explotación esté prohibida por la ley del demandado. Por lo tanto, este requisito no parece alterar significativamente el objeto de la excepción del artículo 27.2, en comparación con la de las disposiciones equivalentes en el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT.

Dada la redacción similar y el contexto, la jurisprudencia del GATT y del AGCS sugiere que el siguiente análisis sería apropiado en el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. En primer lugar, la parte que invoca la excepción debe hacer un caso *prima facie* de que el objetivo de su medida está comprendido en el rango de las políticas destinadas a "proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente". Dada que la última parte de esta frase es ilustrativa, el orden público o la moralidad incluyen una amplia gama de posibles objetivos.

Una vez que se establece que el objetivo de la medida en litigio se ajusta a la excepción, el demandado tendría que probar que la medida es "necesaria" para lograr ese objetivo. Este análisis se lleva a cabo teniendo en cuenta el nivel de riesgo que un Miembro haya establecido por sí mismo. Para demostrar que la medida es necesaria hay que sopesar una serie de factores. En primer lugar, cuanto mayor es la importancia de los intereses o valores que la medida impugnada pretende proteger, lo más probable es que la medida es necesaria. La jurisprudencia del artículo XX del GATT ha señalado la importancia de la vida y la salud humana<sup>57</sup> y la protección del medio ambiente,<sup>58</sup> y sería relevante en esta etapa del análisis. En segundo lugar, cuanto mayor sea el grado en que la medida contribuye al fin perseguido, es más probable que la medida sea necesaria. En *Brasil – Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación observó que una medida adoptada con el fin de atenuar el calentamiento global y el cambio climático, la contribución de los cuales no es inmediatamente observable, podría cumplir con este requisito en virtud del artículo XX (b); lo mismo debería ser cierto en el artículo 27.2.<sup>59</sup> En tercer lugar, mientras la medida impugnada es menos incompatible con la OMC, más probable es que se considere necesaria. La última cuestión es si está razonablemente disponible una medida alternativa compatible con la OMC que el Miembro afectado podría emplear, o si una medida menos incompatible con la OMC está razonablemente a su alcance para lograr el nivel de

---

<sup>56</sup> MTN.GNG/NG11/W/76.

<sup>57</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE - Amianto)*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

<sup>58</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil - Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 2009, párrafo 179.

<sup>59</sup> *Ibid*, párrafo 151. Véase también informe del Grupo Especial, *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas (China - Materias Primas)*, WT/DS398/R, adoptado el 22 de febrero de 2012, párrafos 7.536 a 7.538.

protección deseado. El proceso de sopesar los tres primeros factores también influye en este análisis.<sup>60</sup>

La parte que invoca la excepción puede señalar por qué las medidas alternativas no lograrían los mismos objetivos que la medida impugnada, pero no tiene ninguna obligación de hacerlo a fin de establecer, en primer lugar, que su medida es “necesaria”. Si la otra parte señala una medida alternativa compatible con la OMC que, a su juicio, debería haber sido tomada, para la parte que invoca la excepción sería necesario demostrar por qué la medida impugnada sigue siendo “necesaria” a la luz de esa alternativa o, dicho de otro modo, ¿por qué la alternativa propuesta no es, de hecho, razonablemente disponible. Si la parte que invoca la excepción demuestra que la alternativa no es razonablemente disponible, a la luz de los intereses o valores que se persiguen y el nivel de protección deseado, se concluye que la medida impugnada es necesaria.<sup>61</sup> Una alternativa que debe considerarse en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC es la de emitir una licencia obligatoria en virtud del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, en vez de denegar la patente.

En las negociaciones de la Ronda de Doha, los Miembros de la OMC han debatido sobre los tipos de excepciones que sean adecuadas a un sistema *sui generis*. Este debate también proporciona una vista previa de los tipos de medidas que podrían estar justificadas en virtud del artículo 27.2 o bajo otras excepciones establecidas en los artículos 30 y 31 del Acuerdo sobre los ADPIC. Las limitaciones y excepciones sugeridas se pueden clasificar en dos grupos: (1) las excepciones relacionadas con la utilización experimental y el derecho a utilizar una variedad protegida a los fines de la creación de nuevas variedades, los cuales tienen los objetivos de beneficiar a otros obtentores y promover la innovación (la “exención del obtentor”), y (2) las excepciones que tienen como objetivo garantizar la seguridad alimentaria y preservar la integridad de las comunidades rurales son las excepciones en beneficio de los agricultores, el uso no comercial de las variedades vegetales, y el sistema de ahorro e intercambio de semillas, así como la venta entre los agricultores (el “privilegio del agricultor”). Las licencias obligatorias pueden servir a los dos objetivos. Mientras que algunos Miembros convienen en que la exención del obtentor permite a los obtentores a utilizar libremente las variedades vegetales protegidas por derechos de obtentor en sus actividades, otros señalan que el alcance de la exención no es claro, sobre todo en relación con las indemnizaciones debidas a los titulares de derechos. Algunos Miembros han argumentado que el privilegio del agricultor permite a los agricultores volver a plantar en sus propios terrenos el material de propagación de variedades vegetales protegidas que se han cosechado en sus propios terrenos, con el tema de la remuneración dejado al legislador nacional. Otros Miembros han argumentado que el privilegio del agricultor no debe limitarse a salvar y volver a plantar únicamente el material de sus propios terrenos. Por el contrario, el privilegio debería proporcionar una mayor libertad en el caso de pequeños agricultores y de subsistencia, siempre y cuando los intereses comerciales de los obtentores estén protegidos. Sin embargo existe un desacuerdo

---

<sup>60</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (Corea - Carne vacuna)*, WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, Informe del Órgano de Apelación, *EE.UU. – Juegos de azar*, Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (República Dominicana - Cigarrillos)*, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005, e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*.

<sup>61</sup> Informe del Órgano de Apelación, *EE.UU. – Juegos de azar*, párrafos 310-311.

respecto a si determinadas categorías de agricultores comerciales en los países en desarrollo deberían beneficiarse del privilegio del agricultor.<sup>62</sup>

## V. El Convenio de la UPOV

En la revisión del artículo 27.3 (b) los Miembros de la OMC han debatido los méritos de los diversos convenios de la UPOV y su relación con el Acuerdo sobre los ADPIC. Algunos abogan por el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV (UPOV de 1991) como el sistema y el nivel de protección más adecuados. Otros argumentan que, dado que la UPOV de 1991 no permite límites de admisibilidad para la protección de las variedades de las especies de plantas, las variedades de reciente desarrollo de las especies de plantas que no habrían sido elegibles para protección bajo la UPOV de 1978 son elegibles para la protección en el marco de la UPOV de 1991.<sup>63</sup>

El Consejo de la UPOV ha adoptado una serie de notas explicativas sobre el Convenio de la UPOV.<sup>64</sup> Los preámbulos de estas notas explicativas notan que las únicas obligaciones vinculantes para los miembros de la Unión son las que figuran en el texto de la Convención de la UPOV, y estas notas explicativas no deben interpretarse de una manera que es inconsistente con la ley de la materia para el miembro de la Unión en cuestión. Sin embargo, esta disposición no dice nada sobre el efecto de estas notas explicativas sobre la interpretación de las disposiciones del Convenio de la UPOV. La interpretación de la Convención no es lo mismo que la interpretación de las notas explicativas. Así, mientras que las notas explicativas no crean obligaciones vinculantes, son pertinentes para la interpretación de las obligaciones vinculantes, así como los derechos, establecidos en la propia Convención, en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La UPOV de 1991 obliga a las Partes Contratantes a garantizar y proteger los derechos de los obtentores (artículo 2) y la aplicación de la UPOV de 1991 a todos los géneros y especies vegetales (artículo 3). El período mínimo de protección es de 20 años a partir de la fecha de la concesión del derecho de obtentor y, para árboles y vides, 25 años (artículo 19). Por lo tanto, el período mínimo de protección para árboles y vides es 5 años más largo que para las patentes en virtud del artículo 33 del Acuerdo sobre los ADPIC. Las Partes Contratantes deben otorgar trato nacional a los nacionales de otras Partes Contratantes en la concesión y la protección de los derechos de obtentor (artículo 4).

En contraste, la duración de la protección varía entre sistemas *sui generis*. Tailandia otorga derechos para un máximo de doce, diez y siete o veintisiete años, dependiendo del tipo de planta en cuestión. India concede protección a los quince o dieciocho años, también en función del tipo de la variedad vegetal en cuestión. Algunos sostienen que la duración de la protección que confieren derechos de propiedad intelectual debe variar con la tecnología en particular.<sup>65</sup> Por ejemplo, veinte años de protección de patentes para productos farmacéuticos confiere un plazo más corto en la práctica, debido a la longitud de tiempo requerido para obtener la aprobación de comercialización del producto.

El artículo 1 (vi) de la UPOV de 1991 define el término “variedad”, mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC no define el concepto de las obtenciones vegetales. Miembros de

---

<sup>62</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), párrafos 55-56 y 61.

<sup>63</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), párrafo 64.

<sup>64</sup> [http://www.upov.int/en/publications/explanatory\\_notes\\_index.htm](http://www.upov.int/en/publications/explanatory_notes_index.htm).

<sup>65</sup> Masarek, op cit, 463-464.

la OMC han debatido sobre si y cómo definir varios términos en el artículo 27.3 (b).<sup>66</sup> Algunos sugieren que la definición de la UPOV de 1991 debe informar a la definición de obtenciones vegetales que figura en el artículo 27.3 (b).<sup>67</sup> Algunos críticos argumentan que los avances en biotecnología, y las tecnologías de marcadores moleculares en particular, están haciendo el mismo concepto de variedad vegetal obsoleto.<sup>68</sup>

El artículo 5 de la UPOV de 1991 establece que el derecho de obtentor se concederá cuando la variedad sea nueva, distinta, homogénea y estable. Esta disposición es más detallada que los requisitos de patentabilidad en el artículo 27.1 ADPIC (nuevo, actividad inventiva y útil) y adaptada a la situación específica de las variedades vegetales. Sin embargo, los avances en biotecnología también hace que estos criterios de la UPOV sean más difíciles de aplicar en la práctica, ya que el análisis debe llevarse a cabo a nivel molecular y la información molecular se puede utilizar para evitar la detección de infracciones de derechos de propiedad intelectual con más facilidad.<sup>69</sup> Como se señaló anteriormente, el artículo 27.3 (b) no contiene un requisito de novedad para los sistemas *sui generis*.

El artículo 14 requiere que, para varios actos respecto del material de propagación de la variedad protegida, se requerirá la autorización del obtentor. Las Partes Contratantes podrán añadir otros actos en esta lista obligatoria. Una vez más, los avances en biotecnología hacen estos criterios más difíciles de aplicar en la práctica.<sup>70</sup>

El artículo 15 (1), establece excepciones obligatorias al derecho del obtentor, incluyendo (i) los actos realizados en privado y con fines no comerciales, (ii) los actos realizados con fines experimentales, y (iii) los actos realizados con el propósito de creación de nuevas variedades (la exención del obtentor). La exención del obtentor también se ve afectada por los avances tecnológicos. Las técnicas de "reproducción inversa" acortan el tiempo necesario para crear nuevas variedades. Por lo tanto acortan el período *de facto* de la exclusividad de que goza el obtentor. Esto ha llevado a propuestas para la eliminación de la exención del obtentor de acuerdo al tiempo que se necesita para revertir las variedades de variedades nuevas.<sup>71</sup> Estas propuestas son comparables a las propuestas para aumentar la duración de las patentes de productos farmacéuticos para tener en cuenta el tiempo necesario para obtener las aprobaciones de comercialización y parece diseñado para extender los monopolios que limitan el acceso.

En cuanto al artículo 15 (1) (ii), las notas explicativas dicen que el derecho de obtentor no se extiende a la utilización de la variedad protegida con fines experimentales, sin definir fines experimentales. Sin embargo, este término no debe aplicarse a los actos realizados con el propósito de la obtención de variedades, ya que esos actos están sujetos a la exención del obtentor en el artículo 15 (1) (iii).

El artículo 15 (2) establece una excepción facultativa al derecho de obtentor. Permite a cada Parte Contratante, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de propagación, en su propia

<sup>66</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b).

<sup>67</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), párrafo 68.

<sup>68</sup> Mark D. Janis and Stephen Smith, The Protection of Rights in Plant Varieties: Technological Change and the Design of Plant Variety Protection Regimes, 82 Chicago-Kent Law Review 1557 (2007), 1577-1578.

<sup>69</sup> Janis and Smith, op cit, 1583-1592.

<sup>70</sup> Janis and Smith, op cit, 1596-1597.

<sup>71</sup> Janis and Smith, op cit, 1604-1605.

explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, la variedad protegida o de una variedad cubierta por el artículo 14 (5) (a) (i) o del artículo 14 (5) (a) (ii).

Los Miembros de la OMC han debatido las disposiciones de la UPOV con respecto a la excepción del agricultor. Algunos argumentan que la UPOV de 1978 permite a los agricultores guardar, intercambiar y, hasta cierto punto, vender semillas de variedades protegidas, mientras que la UPOV de 1991 deja a discreción del gobierno permitir a los agricultores guardar semillas para uso en su propia explotación y hace que esta excepción esté sujeta a las restricciones razonables y la protección de los intereses legítimos de los del obtentor. Por otra parte, la excepción sólo se aplica a material que ha sido cosechado en la misma explotación y no a material reproducido (sólo “el producto de la cosecha”). Por lo tanto, esta excepción no beneficiará a los agricultores en el caso de variedades genéticamente modificadas que no producen semillas viables (tecnología “terminator”).<sup>72</sup> Muchos Miembros, especialmente los países en desarrollo, por lo tanto, sostienen que la UPOV de 1991 tendría un impacto negativo en la seguridad alimentaria en los países en desarrollo y crearía la dependencia sobre empresas extranjeras de semillas.<sup>73</sup>

El artículo 16 (1) restringe el agotamiento del derecho de obtentor cuando los actos impliquen: (1) la propagación de la variedad o (2) una exportación de material de la variedad, lo que permite la propagación de la variedad, en un país que no proteja las variedades del género o especie, excepto cuando el material exportado está destinado al consumo. De este modo, el artículo 16 (1) da menos discreción a las Partes Contratantes de la UPOV que el artículo 6 del Acuerdo sobre los ADPIC da a los Miembros de la OMC. El artículo 6 del Acuerdo sobre los ADPIC deja a los Miembros de la OMC la libertad para determinar su propio régimen con respecto al agotamiento de los derechos de patente, sin perjuicio de trato nacional y nación más favorecida. Algunos Miembros de la OMC sostienen que la UPOV de 1991 limita el agotamiento del derecho de vender las obtenciones vegetales, en contraste con el artículo 6 del Acuerdo sobre los ADPIC, lo que deja la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual a la discreción de cada Miembro. Varios Miembros de la OMC sostienen que la legislación basada en UPOV de 1978 ofrece protección *sui generis* eficaz de las obtenciones vegetales a los efectos del artículo 27.3 (b). Sin embargo, otros Miembros alegan que la exención de los agricultores puede justificarse en virtud del artículo 27.3 (b) como excepción a la protección de las obtenciones vegetales o en el artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC como una excepción a la protección de patentes, para las actividades agrícolas que se limitan a las granjas pequeñas de subsistencia, que habitualmente reutilizan las semillas porque carecen de acceso a los recursos financieros para nuevas semillas cada temporada de cultivo o a las actividades de los agricultores comerciales que están limitados geográficamente.<sup>74</sup>

El artículo 17 de la UPOV de 1991 limita las restricciones al ejercicio del derecho de obtentor por razones de interés público. Cuando la restricción tiene el efecto de autorizar a un tercero a realizar cualquier acto por el cual se requiere la autorización del obtentor, la otra Parte Contratante tomará todas las medidas necesarias para asegurar que el obtentor reciba una remuneración equitativa. El artículo 9 del Convenio de la UPOV de 1978

---

<sup>72</sup> Véase Jason A. Barron, Genetic Use Restriction Technologies: Do the Potential Environmental Harms Outweigh the Economic Benefits? 20 Georgetown International Environmental Law Review 271 (2008).

<sup>73</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), op cit, párrafo 65.

<sup>74</sup> Note by the Secretariat, Review of Article 27.3(b), op cit, párrafo 66.

también limita las restricciones al ejercicio del derecho de obtentor por razones de interés público. Cuando la restricción se hace con el fin de asegurar la difusión de la variedad, el Estado miembro de la Unión debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar que el obtentor reciba una remuneración equitativa.

¿Qué calificaría como justificaciones de "interés público" para restringir un derecho de obtentor? Por lo menos, si un Miembro de la OMC emite una licencia obligatoria de conformidad con el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, las licencias obligatorias deben calificar. Dado que el artículo 27.3 (b) permite a los Miembros de la OMC elegir entre las patentes y la protección *sui generis* para las obtenciones vegetales, no debería haber ningún conflicto inherente entre la UPOV y el Acuerdo sobre los ADPIC. La historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC indica que los negociadores eran conscientes de la UPOV de 1991, así como el hecho de que muchos países podrían preferir la UPOV de 1978 a la UPOV de 1991, cuando se redactó el artículo 27.3 (b). Esta interpretación también sería coherente con la presunción en contra de los conflictos entre los tratados.

Ni la UPOV de 1978, ni la UPOV de 1991 define la remuneración equitativa, como en el caso del artículo sobre los ADPIC 31 (h), lo que requiere una "remuneración adecuada" de acuerdo a las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta el valor económico de una licencia obligatoria. El Acuerdo sobre los ADPIC arroja algo de luz sobre esta cuestión, puesto que el artículo 1.1 permite a los Miembros de la OMC determinar libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del Acuerdo en función de su propio sistema y práctica jurídicos. Otra cuestión es, ¿qué medidas se consideran "necesarias" para asegurar que el obtentor reciba una remuneración equitativa?

El equilibrio de derechos entre productores y usuarios de la biotecnología parece más equilibrado en el Acuerdo sobre los ADPIC que en la UPOV de 1991. En primer lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC establece la flexibilidad de elegir entre las patentes o un sistema *sui generis* de derechos de propiedad intelectual. En segundo lugar, incluso si las patentes son elegidas, en lugar de un sistema *sui generis*, la UPOV de 1991 es menos equilibrada. La UPOV de 1991, sobre todo cuando se lee junto con las notas explicativas, favorece los intereses de los criadores de plantas más que los intereses de los agricultores. Esto es particularmente cierto con respecto a la interpretación de la exención del agricultor en las notas explicativas, que, de aceptarse, sería más restrictiva que la excepción para las licencias obligatorias de patentes en el artículo 31 sobre los ADPIC.

## VI. Convenio sobre la Diversidad Biológica

Este Convenio contiene disposiciones relacionadas con la utilización de los conocimientos tradicionales y el acceso a los recursos genéticos, en particular con respecto al consentimiento previo y la distribución equitativa de beneficios derivados de los conocimientos tradicionales y el acceso a los recursos genéticos. Los Miembros de la OMC han planteado dos cuestiones generales relativas a la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB: (1) si existe un conflicto entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB y (2) si hay que hacer algo para asegurarse de que los dos instrumentos se aplican de una manera no conflictiva y que se apoyan mutuamente.<sup>75</sup> Como Cottier ha señalado en su

---

<sup>75</sup> Note by the Secretariat, The Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity: Summary of Issues Raised and Points Made, IP/C/W/368/Rev.1, 8 February 2006, párrafo 6.

artículo sobre la protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, la referencia en el artículo 27.3 (b) a la protección eficaz *sui generis* es lo suficientemente amplia como para abarcar los sistemas para proteger las innovaciones basadas en conocimientos tradicionales, así como los conocimientos existentes a través de un sistema de “derechos de propiedad intelectual tradicionales”.<sup>76</sup>

Algunos Miembros de la OMC sostienen que hay un conflicto entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, por dos razones. En primer lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC prevé la apropiación de esos recursos genéticos por el sector privado de una manera que es incompatible con los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos conforme a lo dispuesto en el CDB, al exigir que el material genético determinado sea patentable o protegido por un sistema *sui generis* de las obtenciones vegetales y al no impedir las patentes para otro material genético. En segundo lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC prevé la concesión de patentes u otra protección de propiedad intelectual del material genético sin asegurarse de que las disposiciones de la CDB, incluidas las relativas al consentimiento previo y a la distribución de beneficios, sean respetados. Observaciones similares se han hecho sobre la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones de la CDB en relación con los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales.<sup>77</sup> Algunos Miembros sostienen que el Acuerdo sobre los ADPIC debe modificarse para evitar la concesión de patentes sobre conocimientos tradicionales existentes o los recursos genéticos, sin el consentimiento previo de los países de origen, mientras que otros sostienen que ninguna modificación se requiere para alcanzar estos objetivos.<sup>78</sup> Estas preocupaciones pueden parecer exageradas, ya que no hay obligación de aplicar el Convenio en una manera que entraría en conflicto con las obligaciones de la OMC. Sin embargo, el CDB actúa como un modelo alternativo para la legislación nacional relativa a las obtenciones vegetales y puede resultar difícil de implementar de manera efectiva en una manera que sea consistente con las obligaciones de la OMC sobre restricciones a la exportación (por ejemplo).

El artículo 15 del CDB (1) reconoce que la facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales. Sin embargo, los Miembros de la OMC están limitados por sus obligaciones en los acuerdos de la OMC. Por ejemplo, las restricciones a la exportación tendrían que cumplir con el artículo XI del GATT o justificarse al amparo del artículo XX (b) o (g) del GATT. Las restricciones a la exportación que dan acceso preferencial a los recursos naturales a las empresas nacionales, serían difíciles de justificar en virtud del artículo XI: 2 (a) y el artículo XX.<sup>79</sup> Facilitar el acceso preferencial a los nacionales podría ser incompatible con las obligaciones de no

---

<sup>76</sup> Cottier, ‘Genetic Resources’, op cit.

<sup>77</sup> Note by the Secretariat, The Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, párrafo 15.

<sup>78</sup> Note by the Secretariat, The Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, párrafos 8-15. Informe sobre cuestiones relativas a la extensión de la protección de las indicaciones geográficas prevista en el artículo 23 del Acuerdo sobre los ADPIC a productos distintos del vino y bebidas espirituosas y los relacionados con la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, TN/C/W/61 (también se distribuirá como WT/GC/W/633), 21 de abril de 2011, disponible en [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art27\\_3b\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm).

<sup>79</sup> Informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, *China –Materias primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, adoptado 22 de febrero de 2012.

discriminación en los artículos I o III del GATT,<sup>80</sup> o las obligaciones de no discriminación en los artículos 3, 4 o 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, el CDB no obliga a los gobiernos nacionales a tomar un curso particular de acción en su legislación. Debería ser posible aplicar sus disposiciones de manera que sea consistente con las obligaciones de la OMC. Por ejemplo, las medidas ecuanímes que restringen las exportaciones con el fin de preservar la biodiversidad podría justificarse en virtud del artículo XX (g) del GATT.<sup>81</sup> Sin embargo, no está claro que un sistema *sui generis* que discrimina entre nacionales y extranjeros podría cumplir el requisito de eficacia del artículo 27.3 (b).

El artículo 15 (4) del CDB establece que el acceso, cuando se otorgue, será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a las disposiciones del artículo 15. El artículo 15 del CDB (5) establece que el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento previo de la Parte Contratante que aporta esos recursos, a menos que decida otra cosa esa Parte. Como el profesor Cottier ha señalado, este enfoque contractual tiene sus limitaciones, sin embargo una serie de países han diseñado la legislación nacional para aplicar el CDB.<sup>82</sup>

No está claro cómo las disposiciones del CDB sobre el consentimiento informado se pueden hacer efectivas. Algunos Miembros de la OMC han expresado su preocupación de que el Acuerdo sobre los ADPIC permite la concesión de patentes para las invenciones que utilizan material genético sin necesidad de que las disposiciones de la CDB en relación con el consentimiento previo y participación en los beneficios sean respetados. Algunos han propuesto soluciones nacionales a esta cuestión, incluida la legislación sobre acceso y distribución de beneficios y los contratos, fuera del sistema de propiedad intelectual, para regular directamente la conducta en cuestión.<sup>83</sup> Otros han sugerido requisitos de divulgación para los solicitantes de patentes como una medida complementaria a la legislación nacional y los contratos. Se ha hecho una propuesta para modificar el Acuerdo sobre los ADPIC para obligar a los Miembros de la OMC la exigencia de que el solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o conocimientos tradicionales proporcionen la siguiente información, como condición para la adquisición de derechos de patente: (i) la fuente y el país de origen del recurso biológico y de los conocimientos tradicionales utilizados en la invención, (ii) pruebas del consentimiento previo de las autoridades en el marco del régimen nacional pertinente, y (iii) evidencia de la distribución de beneficios justa y equitativa en el marco del régimen nacional pertinente.<sup>84</sup>

Es difícil ver cómo podrían surgir conflictos jurídicos entre el CDB, por una parte, y el Acuerdo sobre los ADPIC o el Convenio de la UPOV, por su parte, con respecto a la biotecnología. El CDB no contiene obligaciones legales vinculantes de manera significativa en materia de protección de los conocimientos tradicionales o el uso compartido de los beneficios de la biotecnología que está sujeto a derechos de propiedad intelectual, con la notable excepción de los casos en que se desarrolló la biotecnología en cuestión utilizando los recursos genéticos de un país en particular. Incluso esas obligaciones están sujetas al cumplimiento del Acuerdo sobre los ADPIC o el Convenio de la UPOV, según sea el caso,

<sup>80</sup> Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law Practice and Policy*, 2d ed., Oxford University Press, 2006, 714-715.

<sup>81</sup> Bradley J. Condon, *Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law*, 12 *Journal of International Economic Law* 895 (2009), 911-913.

<sup>82</sup> Cottier, 'Genetic Resources', *op cit.*

<sup>83</sup> Note by the Secretariat, above n 67, paras 28-29.

<sup>84</sup> *Ibid.*, para 71.

y al país de origen utilizando su poder de negociación sobre el acceso a los recursos genéticos. A menos que el país de origen use el poder de negociación para luego negociar el acceso a cualquier tecnología que puede ser desarrollado como resultado del acceso a los recursos genéticos, el acceso estará sujeto a los derechos de propiedad intelectual. No hay ninguna obligación en el CDB para la concesión de derechos de propiedad intelectual de probar el consentimiento previo de los países que son la fuente de material genético. Incluso si hubiera tal obligación, sólo beneficiaría a los países de origen. Así, mientras que el preámbulo del CDB habla de la conciencia de que la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades de alimentación, salud y otros de la población mundial en crecimiento, para lo cual el acceso y la distribución de los recursos genéticos y las tecnologías son esenciales, no establecen obligaciones jurídicamente vinculantes para lograr estos objetivos.

Las disposiciones de la CDB podrían ser relevantes para determinar el cumplimiento con el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 27.2 establece el derecho a excluir de la patentabilidad, no una obligación de hacerlo. La falta de consentimiento informado u otras inconsistencias con el CDB, en particular con respecto al uso de los conocimientos tradicionales, podría justificar la exclusión de la patentabilidad por razones de orden público, en particular en los países en desarrollo. Sin embargo, este enfoque podría verse afectado por el uso de las tecnologías de terminación o de la negativa de los titulares de multinacionales de los derechos de propiedad intelectual para introducir las tecnologías en los países que excluyen a la biotecnología de la patentabilidad.

La legislación nacional basada en el modelo del CDB está todavía en sus primeras etapas, ya que son los modelos para los acuerdos contractuales los que garantizan el acceso a los recursos genéticos. Dada la gran biodiversidad de los países en desarrollo, y su necesidad de nuevas variedades de plantas que pueden adaptarse al cambio climático, es de su interés mantener la flexibilidad prevista en el artículo 27.3 (b) y evitar convertirse en signatarios del Convenio de la UPOV, en particular la UPOV de 1991. El mejor camino a seguir es el de permitir la experimentación con sistemas nacionales *sui generis* con el fin de afinar su enfoque para asegurar que sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales puedan servir a sus necesidades en el futuro.

## VII. Conclusión

El papel de los acuerdos internacionales sobre derechos de propiedad intelectual en el estímulo de la innovación tecnológica es ahora cuestionado, por dos razones principales. En primer lugar, la necesidad de derechos de propiedad intelectual para estimular la inversión en innovación ha sido cuestionada en la literatura económica. En este sentido, es dudoso que los DPI sean tan importantes para la innovación como muchos sugieren. En efecto, defectuosos sistemas de DPI pueden frenar la innovación mediante la limitación de la competencia. Incluso si se acepta que los DPI son necesarios para crear incentivos económicos para la innovación, los incentivos dependen de poder adquisitivo que no existe en muchos mercados de los países en desarrollo.

En segundo lugar, los avances tecnológicos están alterando el efecto de los DPI en la práctica, particularmente en el campo de la biotecnología. Los avances tecnológicos en materia de biotecnología están erosionando la capacidad de los derechos de propiedad intelectual para crear barreras a la entrada y las barreras al acceso de dos maneras. Los avances tecnológicos en los países en desarrollo aumentan la eficacia potencial de las licencias obligatorias como una opción política bajo el Acuerdo sobre los ADPIC y el

Convenio de la UPOV, mediante el aumento de su capacidad científica para copiar las obtenciones vegetales nuevas por medio de la ingeniería inversa. El CDB es difícil de aplicar en la práctica para restringir el acceso a los recursos genéticos en los países en desarrollo, pero podría resultar útil como una base adicional para negar la patentabilidad de ciertas biotecnologías o justificar el recurso a licencias obligatorias. Por otra parte, los avances tecnológicos, sobre todo la rapidez con que se puede aplicar ingeniería inversa a las plantas modificadas genéticamente, acortan el periodo *de facto* de la protección de los titulares de derechos con respecto a la exención del obtentor en el Convenio de la UPOV. Como resultado, las inversiones públicas en la capacidad científica y tecnológica en los países en desarrollo proporcionan un medio importante para aumentar el acceso a la biotecnología. Por lo tanto, los países en desarrollo deben resistir las propuestas para extender el monopolio de los criadores mediante la introducción de un retraso gradual de la exención del obtentor.

El artículo 27.3 (b) obliga a los Miembros a proporcionar derechos de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales mediante patentes o mediante un sistema eficaz *sui generis*. El Convenio de la UPOV y el CDB son modelos alternativos de derechos de propiedad intelectual *sui generis*, aunque no son las únicas alternativas. El CDB hace hincapié en los derechos de los países para controlar el acceso a los recursos genéticos y para proteger los conocimientos tradicionales, pero es flexible en cuanto a la forma en que se lleva a cabo. Una forma de proteger los conocimientos tradicionales es a través de un registro, que puede servir como prueba de que los productos derivados de los conocimientos tradicionales no son invenciones nuevas y por lo tanto no son patentables ni susceptibles de protección de los DPI en el marco del Convenio de la UPOV.

En esencia, el CDB y el Convenio de la UPOV establece visiones opuestas de lo que es la forma más adecuada de protección de los derechos de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales. El artículo 27.3 (b) del Acuerdo sobre los ADPIC refleja la falta de consenso sobre esta cuestión, al igual que el CDB y el Convenio de la UPOV. Algunos Miembros de la OMC ya han limitado sus opciones, eligiendo la versión 1978 o 1991 del Convenio de la UPOV, o mediante la celebración de acuerdos de libre comercio en el que se comprometen a adoptar una de estas versiones del Convenio de la UPOV. Otros han implementado un modelo de derechos de propiedad intelectual basado en el CDB.<sup>85</sup> El CDB, con las obligaciones menos estrictas y una mayor flexibilidad que el Convenio de la UPOV, deja a los países con más opciones en caso de que deseen cambiar su sistema nacional en el futuro.

Mientras que el Convenio de la UPOV establece obligaciones más claras y más vinculantes que el CDB, cualquier de los dos tratados pueden servir como modelo para la política nacional en materia de derechos de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales. La cuestión más importante es cuál es el modelo que seguirán los Miembros y por qué, ya que pueden poner en práctica un sistema obligatorio a nivel nacional, con independencia de que el CDB sea obligatorio. Está más allá del alcance de este artículo determinar si la UPOV o si el CDB sirven de mejor manera a la meta de la seguridad alimentaria en los distintos contextos nacionales. Puede ser que la UPOV sea mejor para los países con grandes inversiones en biotecnología, a través de sus empresas multinacionales o vehículos públicos. Puede ser que el CDB se ajusta mejor a los países mega diversos con fuentes importantes de los conocimientos tradicionales. Puede ser que algún otro sistema

---

<sup>85</sup> Cottier and Panizzon, op cit.

*sui generis* sea mejor para los países en desarrollo con grandes números de agricultores de subsistencia y una mayor susceptibilidad al cambio climático. Es posible que una misma talla no sirva para todos. Sin embargo, el enfoque de este artículo está en la comprensión de la naturaleza de las obligaciones del artículo 27.3 y la relación entre el derecho de la OMC, la UPOV y el CDB para que cada país pueda tomar una decisión más informada a la luz de sus propias circunstancias.

Hay algunas implicaciones importantes para la gobernanza económica mundial y para las opciones de política en los foros multilaterales como la OMC. El *impasse* en el examen del artículo 27.3 puede llegar a ser una bendición a medias. En su forma actual, el artículo 27.3 (b) permite una flexibilidad considerable para los Miembros de la OMC en relación con el régimen de derechos de propiedad intelectual que han elegido para las obtenciones vegetales. Un planteamiento armonizado de derechos de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales limitaría las opciones de política disponibles para los países y obstaculizaría la capacidad de los gobiernos para diseñar los regímenes que satisfagan sus necesidades individuales. De hecho, el mismo callejón sin salida puede ser una señal de que la reducción de las flexibilidades existentes a través de la adopción de un régimen multilateral nuevo no es el mejor curso de acción.

El cambio climático, el cambio tecnológico y los cambios económicos están convergiendo para hacer las leyes actuales de propiedad intelectual, y los debates actuales sobre derechos de propiedad intelectual y el acceso a la tecnología, obsoletas. En este entorno, tomar las decisiones políticas correctas es cada vez más difícil. El derecho de los Miembros de la OMC de elegir entre las patentes, el Convenio de la UPOV o alguna otra forma de protección *sui generis* de las obtenciones vegetales proporciona la flexibilidad necesaria para adaptar las políticas mientras el cambio climático vaya alterando el medio ambiente. Por otra parte, la flexibilidad inherente en el artículo 27.3 (b) facilita evitar los conflictos entre las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC y las obligaciones contenidas en otros tratados, como el Convenio de la UPOV y el CDB. Por lo tanto, desde la perspectiva de algunos países en desarrollo y en el contexto del artículo 27.3 (b), el *impasse* en el examen del artículo 27.3 puede verse como algo positivo.

## COMENTARIOS AL ARTÍCULO “LOS PAÍSES EN DESARROLLO, EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA LAS VARIEDADES VEGETALES” DE BRADLY CONDON Y TAPEN SINHA

*Luis Ángel Madrid Berroterán\**

El artículo inquiriere cómo distintos regímenes de propiedad intelectual pueden contribuir a mitigar las consecuencias del cambio climático y de manera particular, cuáles son las ventajas y falencias de dos categorías de derechos que compiten en resguardar los avances biotecnológicos sobre plantas: las patentes de invención y los certificados de protección de variedades vegetales. De manera simultánea, el artículo de Condon y Sinha ausculta el efecto de los regímenes existentes en propiedad intelectual sobre la transferencia de nuevas variedades vegetales desde los países desarrollados hacia países en desarrollo.

### **I. La protección de plantas mediante los derechos de propiedad intelectual en el sistema internacional**

La protección internacional a las nuevas variedades de plantas (o nuevas obtenciones), ocurrió en fecha relativamente tardía -1961- en la historia de los derechos de propiedad intelectual.<sup>1</sup> En ese año, se negocia la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, que crea la Unión Internacional del mismo nombre (UPOV) y que otorga ciertos derechos de exclusividad a los obtentores vegetales que desarrollen nuevas variedades de plantas. Este estímulo apunta a dotar a este tipo de creadores de ciertos derechos que, permitiéndoles gozar de un monopolio temporal, sirva de acicate para la creación de nuevos desarrollos que atiendan las necesidades de alimentación, aprovechamiento de especies e incluso ornato de una población mundial en expansión.

En el más de medio siglo que ha transcurrido desde entonces, la Convención se ha modificado en tres ocasiones (actas de 1972, 1978 y 1991); de una parte, para armonizarse

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), LLM en Derecho de *London School of Economics & Political Science* (Londres, Reino Unido); LLM en Derecho Económico Internacional de la Universidad de Warwick (West Midlands, Inglaterra) y Especialización en Negociaciones y Relaciones Internacionales de la Universidad de los Andes. Ex-negociador de Propiedad Intelectual del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; investigador y profesor en la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá); profesor en la Maestría de Propiedad Intelectual de la Universidad de las Américas (Quito, Ecuador) y co-profesor (experto regional) de Propiedad Intelectual en el Curso Regional de Política de Comercio de la OMC para América Latina de la OMC (a partir de 2010).

<sup>1</sup> Sin embargo, este no es el primer evento de protección a nuevas variedades vegetales. En 1930, en los Estados Unidos se promulgó el primer estatuto de patentes para plantas, dirigido a honrar la memoria de uno de los botánicos y horticultores de mayor renombre en la historia de ese país, Luther Burbank (1849-1926). Esta norma, que curiosamente es parte de la Ley Smoot-Hawley (Título III 1930-06-17 ch. 497, 46 Stat. 703), otorga protección a plantas propagadas por métodos de reproducción asexual como por ejemplo, estacas, injertos y divisiones. En Estados Unidos se tiene acceso hoy a tres tipos de protección para variedades vegetales: sistema UPOV y patentes de utilidad si la propagación es sexual (semillas) y patentes de plantas en el caso de propagación asexual ya descrito.

son los avances tecnológicos en el campo científico y de otro, para atender las exigencias de los obtentores de variedades en cuanto a la profundización y extensión de sus derechos sobre los desarrollos en la materia. El sistema UPOV cuenta a la fecha con 70 países miembros, de los que 48 son parte de la llamada Acta (o Convenio) de 1991 (objeto de análisis del artículo de Condon & Sinha), 21 países son parte del Acta de 1978 y 1 país, Bélgica, es parte del Acta de 1961-1972.

En lo que hace a América Latina, el tipo de investigaciones, como la adelantada por Condon y Sinha, no podría ser de mayor relevancia: de un lado, de los 14 países de la región miembros de UPOV, 12 son parte del Acta de 1978 y apenas dos (Costa Rica y Perú) lo son del Acta de 1991. Del otro, los tratados de libre comercio suscritos en la década pasada entre Estados Unidos y países de la región imponen a éstos la obligación de ratificar o acceder al Convenio UPOV 1991. Adicionalmente, estos acuerdos de libre comercio señalan una tarea para aquellos países que no otorguen protección mediante patentes a las plantas (es decir, todos aquellos distintos a Estados Unidos): deben realizar todos los esfuerzos razonables para otorgar dicha protección.

Esto abrirá, a buen seguro, prolongados debates sobre los méritos y deméritos de una u otra categoría de derechos de propiedad intelectual. Entonces, le corresponde la carga probatoria a aquellos que intenten argumentar a favor de las patentes de plantas, toda vez que como se dijo antes, América Latina ya tiene cierta experiencia en el establecimiento y aplicación del sistema de protección de variedades vegetales y poco se sabe de los eventuales efectos de las patentes de invención<sup>2</sup> sobre plantas. Adicionalmente, el propio Acuerdo sobre los Asuntos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), permite a los Miembros de esta última, en su artículo 27.3, excluir de patentabilidad a las plantas y a los animales, excepto los microorganismos.<sup>3</sup>

Finalmente, en esta línea de argumentación, no sólo es el sistema de patentes un mecanismo de reciente aplicación para plantas,<sup>4</sup> sino que además, existe la percepción de que las patentes de invención comportan un esquema de propiedad intelectual más

---

<sup>2</sup> En este escrito se usa indistintamente el sustantivo “patentes” y la expresión “patentes de invención.” Esta última sería más apropiada, habida cuenta de la existencia de las patentes de modelo de utilidad o pequeñas patentes para invenciones menores.

<sup>3</sup> América Latina ha acogido esta posibilidad de exclusión. A manera de ejemplo, México prohíbe las patentes de “variedades vegetales” (art. 16. V de la Ley de Propiedad Industrial); Costa Rica y la Comunidad Andina disponen que no serán patentables, entre otras, las plantas (artículo 1.4 de la Ley de Patentes de Invención de Costa Rica y el art.20. c) de la Decisión Andina 486) y Argentina prohíbe el patentamiento de toda clase de materia viva (Ley de Patentes de Invención (art. 6. g).

<sup>4</sup> Estados Unidos permitió de manera irrestricta la extensión de las patentes llamadas de utilidad a plantas apenas en 2001 en el caso *.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 534 U.S. 124 (de manera concurrente al régimen de obtentores de variedades vegetales y a la Ley de Patentes de Plantas de 1930 antes mencionada). Europa ha tenido una historia igualmente compleja que fue resuelta en el año 2000 en el caso *Novartis/Transgenic plant G01/98 [2000] EPOR 303* en la que se resolvió que si bien no es posible patentar variedades vegetales en ese espacio comunitario, si es posible otorgar patentes sobre una invención en el campo biotecnológico que pueda ser implementada en un número indefinido de variedades.

restrictivo para usuarios y competidores que el régimen de obtentores vegetales.<sup>5</sup> Ciertamente, los derechos que le asisten al titular de una patente frente a eventuales usos infractores como por ejemplo impedir a terceros no autorizados la fabricación, uso, oferta para venta, venta o importación del producto objeto de la patente,<sup>6</sup> no parecen tener un balance adecuado en las excepciones sobre esos derechos conferidos,<sup>7</sup> que principalmente apuntan a actos realizados con fines de experimentación, uso privado, enseñanza e investigación científica y académica (Aplin & Davis, 2009, 606).<sup>8</sup>

Por el contrario, las excepciones al derecho de obtentor contempladas en el artículo 15 del Convenio UPOV 1991, unas obligatorias, otra facultativa, permitirían un mejor balance frente al alcance del derecho del obtentor que las contempladas en la norma de patentes. Ello por cuanto que las excepciones al derecho del titular de la patente no están definidas en instrumento internacional alguno,<sup>9</sup> mientras que las Actas UPOV de 1978 y de 1991 establecen excepciones a favor de terceras partes distintas al titular, esto es, el Estado, otros fitomejoradores y agricultores.<sup>10</sup>

El Convenio UPOV 1978 señala una excepción y una limitación al derecho protegido: la primera, puesta en su artículo 5.3, es la llamada excepción o privilegio del fitomejorador, o más exactamente a favor de aquellos distintos al titular del derecho de obtentor. Según esta:

No será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de éstas. En cambio, se requerirá dicha autorización cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad.

El segundo caso, esto es la limitación del ejercicio del derecho protegido, la trae el artículo 9 del Convenio UPOV 1978, que permite a los países miembros ejercer esa cortapisa por razones de interés público y si esta limitación tiene lugar para asegurar la difusión de la variedad, es imperativo que el obtentor reciba una remuneración equitativa.<sup>11</sup> De manera interesante, el Convenio UPOV 1978 no consagra de manera expresa el privilegio del agricultor, esto es, la prerrogativa concedida al comprador de la variedad

---

<sup>5</sup> El punto de partida de ese análisis son la excepción del fitomejorador y el privilegio del agricultor, figuras ausentes en el régimen de patentes y que ofrecen unas claras vías de escape para ciertos usos de variedades protegidas.

<sup>6</sup> Ver artículo 28.1 del Acuerdo ADPIC.

<sup>7</sup> El artículo 30 del Acuerdo ADPIC permite a los países Miembros prever excepciones limitadas a tales derechos, bajo condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular.

<sup>8</sup> Ver por ejemplo, el artículo 53 de la Decisión Andina 486 “Régimen Comunitario de Propiedad Industrial.”

<sup>9</sup> Salvo las directrices dadas en el artículo 30 de ADPIC ya mencionadas en el pie de página 7, el señalamiento de las excepciones al derecho del titular de la patente es competencia de los estados concernidos.

<sup>10</sup> Como se explicará luego, el Convenio UPOV 1978 no permite de manera expresa, la excepción o privilegio del agricultor.

<sup>11</sup> Un caso de uso de esta prerrogativa es la consagrada en el artículo 30 de la Decisión 345 de la Comunidad Andina que permite declarar una variedad protegida como de “libre disponibilidad,” sometida eso sí a una compensación equitativa para el obtentor.

protegida para que este realice ciertas actividades sobre tal variedad, generalmente de guardar el material de multiplicación, reproducción o propagación y usarlo para su propio uso.

Por su parte, el Convenio UPOV 1991 trae en su artículo 15, dos tipos de excepciones al derecho del obtentor, unas obligatorias y otra facultativa.

Las obligatorias disponen que el derecho de obtentor no se extenderá a:

- i) a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales,
- ii) a los actos realizados a título experimental, y
- iii) a los actos realizados a los fines de la creación de nuevas variedades salvo que se trate de una variedad esencialmente derivada de una variedad protegida<sup>12</sup>.

La excepción facultativa es la antes mencionada y se dirige a favorecer al agricultor. Le permite a éste utilizar para fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha obtenido por el cultivo, fruto de la variedad protegida. Este ejercicio, de ser permitido por el Estado, está sujeto a “límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor.” Adicionalmente, los artículos 16 y 17 del Convenio UPOV 1991 fijan otras dos disposiciones que limitan el derecho del obtentor: el agotamiento de su derecho por la puesta lícita en el comercio de la variedad protegida y la limitación del libre ejercicio del derecho por razones de interés público.

## II. Revisión y comentarios al artículo de Condon & Sinha

El artículo de Condon & Sinha menciona que el debate que relaciona el cambio climático y los derechos de propiedad intelectual y la implicancia del acceso a la tecnología en aquel, se ha orientado prevalentemente hacia la protección de tecnologías limpias. Ello, al decir de los autores, ha provocado un descuido relativo de la importancia de la biotecnología en esa interacción y de manera particular, ha impedido la revisión comparada de los dos regímenes competidores que dispensan esa protección: patentes y certificados de obtentores de variedades vegetales.

Entonces, el artículo bajo revisión apunta a escrutar el efecto de la protección del régimen de protección de nuevas variedades vegetales en la transferencia internacional de tecnología (más exactamente biotecnología), coadyuvante en la mitigación del cambio climático. Ello es extremadamente pertinente, habida cuenta de que la elevación de la temperatura global y las consecuentes alteraciones climáticas exigirá nuevos recursos fitogenéticos que tengan la capacidad de sobrevivir en condiciones más extremas, lo que provoca que los organismos genéticamente modificados se conviertan en la respuesta de primera línea en este tipo de desordenes. Ello, nuevamente, implica un examen de los ya

---

<sup>12</sup> El artículo 14.4.b) del Convenio UPOV de 1991 define lo que debe entenderse por una variedad esencialmente derivada, lo que podría resumirse como aquella que se deriva principalmente de la variedad inicial, y que conserva los caracteres esenciales de ese genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.

señalados regímenes jurídicos aptos para proteger los nuevos desarrollos en este sector de la tecnología.

El temario del artículo es ambicioso y complejo, toda vez que enfrenta varias materias como el impacto del cambio climático, los debates alrededor de los derechos de propiedad intelectual y la transferencia internacional de tecnología, así como los aspectos económicos de la propiedad intelectual en biotecnología y farmacéuticos. Concluye el artículo en un análisis comparativo de las obligaciones legales internacionales en el campo biotecnológico en el Acuerdo de los ADPIC, el Convenio UPOV 1991 y la Convención de la Diversidad Biológica (CDB). Esta última parte, principalmente lo relativo al Acuerdo ADPIC, será la materia de revisión en este comentario.

Una primera línea de exploración ocurre en las obligaciones impuestas por el artículo 27 del Acuerdo ADPIC a los Miembros de la OMC. Se fijan en esta norma obligaciones sustanciales en cuanto a la neutralidad tecnológica de las patentes,<sup>13</sup> los requisitos de éstas<sup>14</sup> y las dos categorías de causales (facultativas) de exclusión de patentabilidad: las primeras que se relacionan con el orden público y la moralidad<sup>15</sup> y las segundas, con la materia objeto de la invención, que a su vez se subdivide en dos: (i) los métodos de tratamiento humano y animal y (ii) las plantas y animales, excepto microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para su producción.<sup>16</sup>

Justamente es en este acápite en donde el artículo de Condon y Sinha se detiene: el Acuerdo ADPIC permite excluir de patentabilidad a las plantas si se otorga protección “a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y este.” Condon y Sinha subrayan como la norma conduce a un tratamiento dispar de tales creaciones, dependiendo de la categoría de derechos aplicables. Si el Miembro opta por el sistema de patentes, obliga a la aplicación del art. 27.1 del ADPIC que impone como condición de patentabilidad de una invención el que sea nueva. Por el contrario, si el Miembro se inclina por el sistema eficaz *sui generis*, desaparece la exigencia de la novedad, en cuanto la norma en cuestión<sup>17</sup> se refiere a “todas las obtenciones vegetales” sin calificarlas como nuevas. Sin embargo, el Convenio UPOV 1991 (el sistema *sui generis, par excellence*) establece como requisito para la concesión del derecho de obtentor, el que la variedad sea nueva,<sup>18</sup> señalando además qué criterios debe cumplir la variedad para ser considerada como tal.<sup>19</sup> Toda vez que el número de Partes Contratantes de UPOV (70 miembros) es bastante inferior al de los Miembros de la OMC (153), quienes en todo caso deben aplicar un sistema eficaz *sui generis* de protección, bien

---

<sup>13</sup> Las patentes se concederán para todas las invenciones, bien de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, sin discriminación por el lugar de la invención (art. 27.1 del Acuerdo ADPIC).

<sup>14</sup> Novedad, actividad o nivel inventivo y susceptibilidad de aplicación industrial. (art. 27.1 del Acuerdo ADPIC).

<sup>15</sup> Art. 27.2 del Acuerdo ADPIC

<sup>16</sup> Art. 27.3 del Acuerdo ADPIC.

<sup>17</sup> Art. 27.3 (b) del Acuerdo ADPIC.

<sup>18</sup> Art. 5.1 (i) del Convenio UPOV 1991.

<sup>19</sup> Art. 6.1 del Convenio UPOV 1991. Norma equivalente se encuentra en el art.6.1.b) del Convenio UPOV 1978. A diferencia de la práctica del derecho de patentes, la novedad en el sistema UPOV se orienta hacia la comercialización o no de la variedad por el obtentor con fines de la explotación en un periodo de tiempo.

valdría la pena una indagación adicional sobre los sistemas empleados en aquellos países ya obligados a implantar sistemas *sui generis*, pero que aun no son parte de ninguno de los convenios de UPOV.

El segundo interrogante levantado aquí por Condon y Sinha atañe a lo que debe entenderse por un sistema eficaz *sui generis* de protección de todas las obtenciones vegetales. Los autores ofrecen tres posibilidades: el sistema UPOV ya discutido, el Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) de 1983 y la Convención de la Diversidad Biológica. Infortunadamente los autores no profundizan sobre los méritos del Compromiso y de la CDB en cuanto potenciales paradigmas de un sistema *sui generis* de protección, máxime cuando ambos instrumentos internacionales han debido ser sustituidos o complementados por regímenes de más reciente factura: en el primer caso, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFG) de la FAO (2001) y en el segundo, el Protocolo de Nagoya de la CDB (2010).

De manera importante, el Tratado de la FAO de 2001 trae algunas disposiciones que podrían apuntalar un sistema eficaz *sui generis*: primeramente, restricciones al otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre el material fitogenético objeto de intercambio dentro del Sistema Multilateral creado por el Tratado en la forma recibida;<sup>20</sup> en segundo término, la afirmación del privilegio del agricultor (de mayor amplitud que el sistema UPOV) a reutilizar, intercambiar o vender semillas protegidas y finalmente<sup>21</sup> la posibilidad para los agricultores tradicionales de proteger sus variedades nativas o campesinas (*landraces*) válidos de un sistema de derechos exclusivos también *sui generis* (Cabrera Medaglia, 2006).<sup>22</sup>

En otras palabras, el sistema TIRFG ofrece una alternativa de consideración en la construcción de un sistema *sui generis*. Ello en cuanto que si bien permite reivindicar derechos de propiedad intelectual sobre desarrollos hechos a partir de material fitogenético para la alimentación y la agricultura, tales creaciones deben diferenciarse del material recibido vía los llamados acuerdos de transferencia de materiales (ATM); adicionalmente, el TIRFG reconoce el privilegio del agricultor en una forma más generosa que el sistema UPOV en cuanto que no sólo puede dicho agricultor reutilizar las semillas protegidas, sino que además puede intercambiar y vender las semillas y el material de propagación, sujeto eso sí, a la ley nacional y según sea apropiado. Finalmente, el TIRFG atiende (al menos retóricamente) un reclamo perenne de los agricultores tradicionales y comunidades indígenas en lo que hace al reconocimiento de su enorme contribución en la conservación y desarrollo de recursos fitogenéticos y en la instrucción que imparte el tratado a los gobiernos para la adopción de medidas de protección y promoción de los derechos de esas comunidades.

Acto seguido, Condon y Sinha se ocupan de la revisión del sistema *sui generis* UPOV a fin de contrastarlo con la tradicional categoría de patentes de invención. Un primer llamado

---

<sup>20</sup> Art. 12.2. (d) del TIRFG de la FAO

<sup>21</sup> Art. 9.3 del TIRFG de la FAO.

<sup>22</sup> Art. 9.2 del TIRFG de la FAO.

de los autores alude al término de protección dispensado por el Convenio UPOV 1991, que de manera general es de 20 años, pero que en el caso de árboles y vides es de 25 años;<sup>23</sup> mientras que el artículo 33 del Acuerdo ADPIC determina que la protección conferida por una patente no será inferior a 20 años.

Un segundo frente abierto por Condon & Sinha trata sobre la eventual obsolescencia del régimen UPOV, en cuanto que la irrupción de la biología molecular a partir de los años setenta del siglo pasado, que propicia la ingeniería de reversa en materia de invenciones fitogenéticas, provocaría la erosión de la protección legal de nuevas variedades de plantas. Ello por que como bien se ha anotado, el propio sistema UPOV 1991 en su artículo 15, consagra varias excepciones al derecho del obtentor relativas a actos efectuados en el marco privado con fines no comerciales, a los actos realizados a título experimental, y a los actos dirigidos a la creación de nuevas variedades que no sean variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida.<sup>24</sup>

Justamente esta última excepción parece convocar la preocupación de los autores, en cuanto que sería relativamente asunto de rutina para un experto en biotecnología, lograr alteraciones en el genotipo<sup>25</sup> de una variedad protegida a efectos de lograr una nueva variedad que escape a la condición de ser esencialmente derivada de la anterior. Ello por supuesto, haría nugatoria la protección dispensada por el régimen internacional de variedades vegetales.

En líneas similares, Janis & Smith (2007), citados en profusión por los autores en comento, auguran la posible irrelevancia del sistema *sui generis* UPOV de protección de variedades vegetales por dos razones: una, la competencia del sistema de patentes de utilidad tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea aplicado a plantas y otra, por la ya expresada obsolescencia de un sistema centrado en el paradigma del fenotipo que no ha tenido la capacidad de adaptarse a los cambios tecnológicos ocurridos en las últimas décadas orientados al paradigma del genotipo. Este sesgo ha propiciado lo que Janis & Smith denominan “copia no literal” (similar a la doctrina de equivalentes en patentes), y que en párrafos anteriores se ha indicado como variedades no esencialmente derivadas de la variedad protegida. Aunado a ello, no parece existir un umbral claramente definido (Janis & Smith, 2007, p. 1597) entre la variedad primigenia y aquellas esencialmente derivadas, al menos, en lo que ellos denominan cosechas específicas que corresponden a las variedades de mayor importancia comercial como son los cereales.

Otro de los comentarios de Janis & Smith es de relevancia aquí: la característica híbrida de la protección *sui generis* de variedades vegetales dispensada por el sistema UPOV. Señalan ellos como esta categoría se nutre de dos tipos de propiedad intelectual: el derecho de autor y las patentes más otros conceptos únicos en la disciplina. Justamente esa mixtura explica, entre otros varios eventos, el que en el sistema UPOV se cuente con las

---

<sup>23</sup> La diferencia se explica por lo dilatado del proceso de desarrollo de este tipo de variedades.

<sup>24</sup> El Convenio UPOV 1978 trae una excepción más amplia en su artículo 5.3, el cual dispone que no será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de otras variedades ni para la comercialización de estas, salvo cuando sea necesario el uso repetido de la variedad protegida para la producción comercial de la nueva variedad.

<sup>25</sup> El genotipo podría definirse como la estructura genética de un organismo.

excepciones del artículo 15 del Convenio 1991 que en mucho reproducen el concepto del “*fair use*” del sistema de derecho autoral de Estados Unidos.

Ello exige un análisis cuidadoso. Según se ha señalado, las excepciones al derecho del obtentor (es decir, el derecho de exclusividad derivado del registro de su nueva variedad vegetal ante la autoridad competente) comprenden actos efectuados privadamente con fines no comerciales, los realizados a título experimental, y aquellos dirigidos a la creación de nuevas variedades no esencialmente derivadas de la variedad protegida. Por su lado, la sección 107 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos menciona los factores para considerar como no infractores a usos de terceros distintos al titular del derecho, es decir, aquellos casos de “*fair use*”,<sup>26</sup> notándose una tendencia a incluir dentro de ese amparo a aquellos usos no comerciales de la obra. Por el contrario, la ley y práctica del derecho de patentes en ese país ha tendido a restringir la excepción de uso experimental,<sup>27</sup> al punto que después del caso *Madey v Duke*,<sup>28</sup> la exclusión sólo parece cubrir investigación básica que no tenga propósitos comerciales o como algunos han indicado, la excepción experimental solo protegería a la investigación realizada por amateurs dedicados a pasatiempos científicos.

Aquí entra nuevamente el artículo de Condon & Sinha. Apuntan sus autores a un tercer argumento por las patentes de invención y en desfavor del régimen *sui generis* de protección de las variedades vegetales. Se funda esta preferencia en las Notas Explicativas del Convenio UPOV 1991, que harían más restrictivo o difícil el empleo por parte de terceros de las excepciones dadas en el artículo 15 del Convenio. Según estas, actos no comerciales pero públicos de uso de la variedad protegida no estarían cubiertos por la excepción, así como actos privados con propósito comercial. Por el contrario, si estarían cubiertos por la excepción, actos propios de la agricultura de subsistencia que comporten la propagación de la variedad para ser consumida en la explotación campesina, siempre y cuando tenga propósitos no comerciales. No sería dable querellarse con la segunda y tercera situación aquí explicada, pero si con la primera, en cuanto parece restringir la excepción dada por el artículo 15 del Convenio UPOV 1991 sobre usos no comerciales al imponer la exigencia de que tales actos se hagan privadamente. Merece reflexionar en que eventos podría darse el caso de un uso no comercial pero público. Los autores no elaboran en ejemplos, pero no sería descartable imaginar un uso de una variedad protegida por parte de terceras personas distintas al obtentor en una feria agropecuaria en donde se exhiba un avance científico sobre la variedad protegida, pero sin ningún propósito ulterior de explotación económica. Al tenor de la nota explicativa, tal uso, seguramente inocuo para el obtentor, podría entenderse como un uso infractor de la variedad protegida.

---

<sup>26</sup> Es decir:

- *The purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit educational purposes.*
- *The nature of the copyrighted work.*
- *The amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole.*
- *The effect of the use upon the potential market for, or value of, the copyrighted work.*

<sup>27</sup> Esta excepción al derecho del titular de la patente o defensa del infractor fue establecida en el caso *Whittemore v. Cutter* (29 Fed. Cas. 1120, 1121 (C.C.D. Mass. 1813).

<sup>28</sup> 307 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2002)

Citan los autores otra restricción sugerida por las Notas Explicativas, ya no sobre la excepción obligatoria sino pertinente a la excepción facultativa, esto es, al privilegio del agricultor. Este no se debe extender a sectores agrícolas y hortícolas en donde tal privilegio no sea una práctica común, señalando como tales a los sectores de frutas, ornamentales y vegetales. Dicho de otra forma, el privilegio solo puede darse en aquellos sectores en donde la práctica sea común, pero pareciera que las Notas Explicativas del Convenio limitan la autonomía de una Parte del mismo de definir que son o no prácticas comunes en esa jurisdicción. Adicionalmente, se introducen otras limitaciones como el tipo de variedad (nuevamente afectaría a los sectores frutícolas, ornamentales y vegetales), el tamaño de la explotación o área de cultivo, el valor de la cosecha, la proporción del área sembrada respecto a la extensión de la explotación agrícola, la práctica anterior a la protección y la remuneración. Finalmente en este punto, Condon & Sinha se preguntan si esta excepción, privilegio del agricultor, no debería modificarse para adaptarse a la evolución de las prácticas agrícolas y de mejoramiento de variedades.

Otra pregunta que se hacen los autores es de si el privilegio del agricultor sólo se puede extender al material cosechado y si no debería cubrir también al material propagado fuera de la granja, en el evento de que el agricultor no cuente con esa facilidad en su propia explotación. Adicionalmente, notan falencias en otros artículos del Convenio UPOV 1991, a saber, la falta de definición sobre el concepto de interés público (art.17.1) y lo que debe entenderse por remuneración equitativa (art.17.2)<sup>29</sup> en los casos de las limitaciones al derecho del obtentor impuestas por el Estado.

Otra materia discutida por Condon & Sinha es el agotamiento del derecho de propiedad intelectual en patentes y en el sistema *sui generis* de protección de las variedades vegetales. El asunto a discutir es el alcance del ejercicio territorial de los derechos de un titular de un activo intelectual, una vez los bienes en los que estos derechos se incorporan son puestos de manera lícita en el comercio (no atañe este debate a mercancías falsificadas). En el caso que nos ocupa, ello ocurriría cuando el material de la variedad protegida es vendido o comercializado por el titular del derecho de obtentor en una jurisdicción y tal material es enviado a otra, en lo que es conocido como importaciones paralelas. La historia de la negociación del Acuerdo ADPIC documenta este tópico como objeto de intensos y dificultosos intercambios que llevó a la consagración del artículo 6 de este Acuerdo (UNCTAD-ICTSD, 2005). En él se dispone que, excepción hecha de lo relacionado con trato nacional y trato de nación más favorecida, el mecanismo de solución de diferencias no podrá ser usado para dirimir cuestiones atinentes al agotamiento del derecho. En otras palabras, esta materia quedó excluida de la norma multilateral y cada Miembro puede establecer el régimen que a bien tenga, sin que pueda ser cuestionado por ello. El artículo 16 del Convenio UPOV 1991, acorde con la regla general, regula el agotamiento del derecho del obtentor en líneas similares al del Acuerdo ADPIC al disponer que este derecho:

---

<sup>29</sup> El art. 31.h del Acuerdo ADPIC dispone que en caso de licencias obligatorias, la remuneración será adecuada. Este término es el de mayor uso en el derecho internacional.

... no se extenderá a los actos relativos al material de su variedad<sup>30</sup> o de una variedad [derivada], que haya sido vendido o comercializado de otra manera en el territorio de la Parte Contratante concernida **por el obtentor o con su consentimiento**, o material derivado de dicho material. [énfasis añadido]

Empero, el agotamiento de los derechos del obtentor cesa cuando esos actos:

- i) impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad en cuestión,
- ii) impliquen una exportación de material de la variedad, que permita reproducirla, a un país que no proteja las variedades del género o de la especie vegetal a que pertenezca la variedad, salvo si el material exportado está destinado al consumo.

Lo anterior da sustento a Condon & Sinha para agregar en su balance por manera que la simple comparación indica una disposición más favorable y menos condicionada en lo que hace a las patentes que en lo referente al sistema de protección de variedades vegetales. Por oposición, el sistema UPOV 1991, que aunque sigue en su formulación general la norma ADPIC, devuelve al obtentor la posibilidad de ejercer sus derechos cuando ocurra una nueva reproducción o multiplicación de la variedad protegida o cuando el material de la variedad se comercialice a un país no sujeto a estas obligaciones. Valdrían acá dos preguntas: la primera, de si la reproducción o multiplicación deba darse para exportar la variedad o ello rige también para el mercado nacional (lo que equivaldría a una supresión del agotamiento territorial) y la segunda, si ese país importador debe estar sujeto a alguno de los convenios UPOV para excluirse de la prohibición o si basta un sistema *sui generis* de protección, cualquiera que sea.

### III. Comentarios finales

No abundan los análisis sobre los sistemas *sui generis* de propiedad intelectual. Así, el artículo objeto de estos comentarios, provee una necesaria inmersión en los aspectos de mayor relevancia del régimen internacional de protección a las variedades vegetales, de manera particular en el impacto que este pudiese tener en la transferencia internacional de los activos intelectuales que coadyuven en la mitigación de los efectos del cambio climático.

La vertiente de mayor interés desde la perspectiva estricta de la propiedad intelectual (entre los otros temas de indudable relevancia), es la comparación de las ventajas y desventajas de mencionado sistema con el de patentes, este último, de mayor trayectoria y estudio en la disciplina. Condon y Sinha se valen de un profundo estudio de ciertas características del sistema *sui generis*, que los conduce a sugerir que éste tendría unas características que lo hacen menos apropiado para los efectos de la transferencia internacional de nuevos avances biotecnológicos en el sector de variedades vegetales de los países desarrollados hacia países en desarrollo. Ello, en razón a que el sistema *sui generis* demanda condiciones más estrictas en las excepciones del derecho del obtentor, amén de que se tiene allí, un régimen de agotamiento del derecho del titular más estricto que el contemplado en el Acuerdo ADPIC.

---

<sup>30</sup> Se entiende por material, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa de su variedad, el producto de la cosecha y todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha.

Es justamente en el tema de limitaciones y excepciones en el derecho del titular en donde se podría diferir de la aproximación de Condon & Sinha. Según se señaló antes, no existe norma internacional que regule este fenómeno en el derecho de patentes, lo que deja ello al arbitrio de los países, atendiendo solamente las restricciones impuestas por el artículo 30 del Acuerdo ADPIC. Adicionalmente, el movimiento global de expansión y profundización de los derechos de propiedad intelectual permitiría anticipar una correlativa contracción en tales cortapisas, lo que comportaría consecuentemente restricciones en el uso de materiales protegidos por personas carentes de la autorización del titular de esos derechos (OMPI, 2008). Por el contrario, en mi opinión, los preceptos de los artículos 15 y siguientes del Convenio UPOV 1991, aunque imperfectos, ofrecen una mejor oportunidad para que terceros puedan participar en el uso de tales desarrollos tecnológicos, eso sí, siempre y cuando el sistema UPOV no quede reducido a la irrelevancia tecnológica como se advierte en la literatura existente.

#### IV. Referencias

- ❖ Aplin T & Davis Jennifer (2009). “Intellectual Property Law Text, Cases and Materials,” Oxford University Press.
- ❖ Cabrera Medaglia, Jorge (2006). El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios: Avances, Elementos y Recomendaciones. UICN, Oficina Regional para América del Sur, Quito, Ecuador.
- ❖ Janis, M.D. & Smith Stephen (2007). Technological Change and the Design of Plant Variety Protection Regimes. *Chicago-Kent Law Review* 82 Chi.-Kent L. Rev. 1557 (2007)
- ❖ Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.  
Consultado en <http://www.upov.int/upovlex/es/conventions/1991/act1991.html>
- ❖ Corte de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados Unidos: *Madey v. Duke University* 307 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2002)
- ❖ OMPI, Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SPC) Duodécima sesión). Informe sobre el Sistema Internacional de Patentes SCP/12/3 Rev.2 . Ginebra, 23 a 27 de junio de 2008.
- ❖ Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, TIRFG (2001).  
Consultado en <http://www.fao.org/AG/cgrfa/Spanish/itpgr.htm>
- ❖ UNCTAD-ICTSD Project on IPRs & Sustainable Development (2005). “Resource Book on TRIPS & Development.”



**Revista de Derecho Económico Internacional**  
**Centro de Derecho Económico Internacional, ITAM**

*Instrucciones para los autores*

La Revista de Derecho Económico Internacional pretende promover la investigación tanto en español como en portugués en áreas como el sistema multilateral de comercio, los acuerdos comerciales regionales, la inversión extranjera, la propiedad intelectual internacional, la competencia económica y el derecho fiscal internacional. El público al cual está dirigida está compuesto por investigadores, funcionarios de gobierno, abogados y otros interesados.

La revista da la bienvenida a contribuciones inéditas que tomen la forma de artículos académicos originales escritos en español o en portugués, los cuales estarán sujetos al proceso de arbitraje de la revista, comentarios sobre disputas recientes, artículos cortos de profesionales en torno a la práctica, así como reseñas críticas de libros. La revista recibirá aquellas contribuciones que desarrollen un enfoque económico, jurídico, político, o bien interdisciplinario en sus contenidos.

Formato y estilo

1. Los artículos académicos deben contar con 5.000 a 15.000 palabras e incluir un resumen no mayor a 200 palabras tanto en inglés como español. Las reseñas críticas no deben exceder las 4.000 palabras. Los artículos profesionales cortos tendrán un máximo de 2.000 palabras.
2. Los manuscritos deben ser entregados en formato *Word*; márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3 centímetros (los que se aplican automáticamente por *Word*); doble espacio; y letra Times New Roman de 12 puntos.
3. Todas las afirmaciones sobre referencias y datos estadísticos deben tomar la forma de notas a pie de página. Las tablas y cuadros deberán anexarse al final del artículo e indicarse su ubicación en el texto del manuscrito.
4. En las citas de los informes de la OMC, por ejemplo, debe incluirse el título completo para el caso de la primera cita, de acuerdo a la clasificación de la OMC, disponible en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_status\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm). Para la segunda cita, se recurrirá al título corto. Por ejemplo:

Primera cita: Informe del Órgano de Apelación, *México — Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (México — Impuestos sobre los refrescos)*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, párrafo 123.

Segunda cita: Informe del Órgano de Apelación, *México — Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 123.

5. Además de las reglas antes mencionadas, los autores deben seguir los criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponibles en:

*<http://www.juridicas.unam.mx/publica/critedit/critedit.pdf>*

#### Proceso de revisión

1. La revista llevará a cabo un minucioso proceso de revisión para asegurar la calidad de los artículos académicos publicados. El proceso consiste en dos etapas: en la primera etapa los editores realizan una revisión preliminar del material recibido para determinar si el tema y el contenido del artículo son relevantes para la revista. En la segunda etapa, una vez aprobado por los editores, el trabajo es sometido a un proceso de arbitraje de doble anonimato, es decir, dos miembros del Consejo Editorial fungirán como dictaminadores y evaluarán el artículo sin saber el nombre del autor o los autores de la obra evaluada, y éstos a su vez, no sabrán el nombre de los dictaminadores. Como consecuencia de este proceso, el artículo se aceptará, se formularán modificaciones mayores o menores, o bien se rechazará.
2. El proceso de revisión tomará en promedio un máximo de dos meses. La revista se compromete a respetar en tiempo y forma las diferentes etapas del proceso editorial.

#### Envío de manuscritos

1. Los artículos deberán ser enviados a la dirección electrónica [dei@itam.mx](mailto:dei@itam.mx) para su consideración.
2. Los editores confirmarán la recepción del artículo a la brevedad posible, y con ello el inicio del proceso de revisión.

Ciudad de México, marzo de 2012.





Centro de Derecho  
Económico Internacional

**ITAM**

**Instituto Tecnológico Autónomo de México**  
Río Hondo No. 1, Col. Progreso Tizapán,  
C.P. 01080, Del. Álvaro Obregón, México, D.F.  
[dei@itam.mx](mailto:dei@itam.mx)  
[www.itam.mx](http://www.itam.mx)