

Manual de Medio Ambiente y Comercio

2a Edición



3. Legislación comercial internacional

3.1 Introducción

Las bases del régimen de comercio internacional se remontan a 1947 cuando se concluyó el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Este Acuerdo, recuperado de uno más extenso para establecer una Organización Internacional del Comercio que no fue ratificado, iba a ser una parte del así llamado sistema de Bretton-Woods, diseñado en el ambiente de la post-guerra de la Segunda Guerra Mundial para promover y manejar el desarrollo económico global. (El Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo — el Banco Mundial — fueron las otras dos partes más importantes.) Los cuarenta y ocho años de historia del GATT establecieron las dos direcciones básicas para el régimen comercial:

- Desarrollar los requisitos para reducir y eliminar aranceles, y
- Crear obligaciones para evitar o eliminar obstáculos no arancelarios al comercio, es decir, otro tipo de normas, políticas o medidas que pudieran obstaculizar el comercio.

Desde 1948 hasta 1994 la Secretaría del GATT supervisó el desarrollo del régimen comercial multilateral, que incluyó ocho “Rondas” de negociación, las cuales avanzaron el desarrollo del régimen comercial bajo los lineamientos arriba mencionados. Las primeras rondas se ocuparon sobre todo de los aranceles, pero los obstáculos no arancelarios comenzaron a ocupar un lugar más prominente a partir de la así llamada Ronda Kennedy que concluyó en 1964.

La última de estas negociaciones, la “Ronda Uruguay”, concluyó en 1994. El Acuerdo de Marrakech que estableció la Organización Mundial del Comercio puso fin a la Ronda y estableció la OMC como la estructura organizacional para aplicar el GATT y otros acuerdos comerciales multilaterales. El sistema comercial multilateral, que desde sus torpes inicios no había logrado establecerse en propiedad como un régimen internacional, ahora tenía un verdadero “hogar”. Entre los cambios sustanciales que se hicieron en ese momento está la creación de un sistema más eficiente de solución de diferencias, que cuenta con un órgano de apelación.

En 2001, en la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, los miembros iniciaron un nuevo programa de negociaciones, análisis y trabajo para implementar los acuerdos ya existentes: el programa de trabajo de Doha, que se discute en mayor detalle en la Sección 7.1 y en varias secciones del Capítulo 5. Los miembros no se ponen de acuerdo para determinar si el programa de trabajo de Doha constituye una novena ronda de negociaciones multilaterales o no. En este libro nos referiremos al programa de trabajo de Doha o a la agenda de Doha.

Mientras se desarrollaba el GATT y se creaba la OMC, también se estaban desarrollando otras áreas dentro del régimen comercial. El desarrollo de los regímenes internos europeos de comercio e inversión anticiparon a la vez que fortalecieron la ya profunda integración continental. Surgieron acuerdos comerciales regionales en Norte América, Sur América, Asia y demás, con diferentes grados de liberalización comercial. A su vez, cobraron más importancia los asuntos no arancelarios dentro del régimen comercial. Ya para 1992-1994 (los períodos finales de negociación tanto para el Acuerdo de Libre Comercio de Norte América (TLCAN) como para la OMC) se incluyeron puntos como los derechos de propiedad intelectual, normas de inversión, subsidios y otras áreas de legislación y regulación que afectan el comercio.

No es de sorprenderse que esta vasta expansión de las normas comerciales haya generado una serie mayor de conexiones entre la ley comercial y el medio ambiente. En esta sección y en la que sigue se identifican los elementos básicos de la OMC y su legislación, así como otras fuentes y elementos que hoy día integran el régimen de legislación comercial internacional, junto con las formas en que se relacionan con la gestión y la protección ambiental. Entre éstas se cuentan las funciones, los principios y los acuerdos más importantes que constituyen los fundamentos del régimen comercial actual.

En esta sección y a todo lo largo de este libro, cuando nos referimos al régimen multilateral de comercio nos estamos refiriendo al cuerpo de leyes e instituciones de la OMC. Cuando hablamos del régimen internacional de comercio, éste incluye la OMC y todos los demás acuerdos regionales y bilaterales que abarcan el comercio internacional.

3.2 Estructura de la Organización Mundial del Comercio

La Organización Mundial del Comercio entró en vigor el 1 de enero de 1995, reemplazando totalmente a la Secretaría del GATT como la organización responsable de la administración del régimen comercial multilateral. La estructura básica de la OMC se compone de los siguientes organismos (Ver diagrama organizacional):

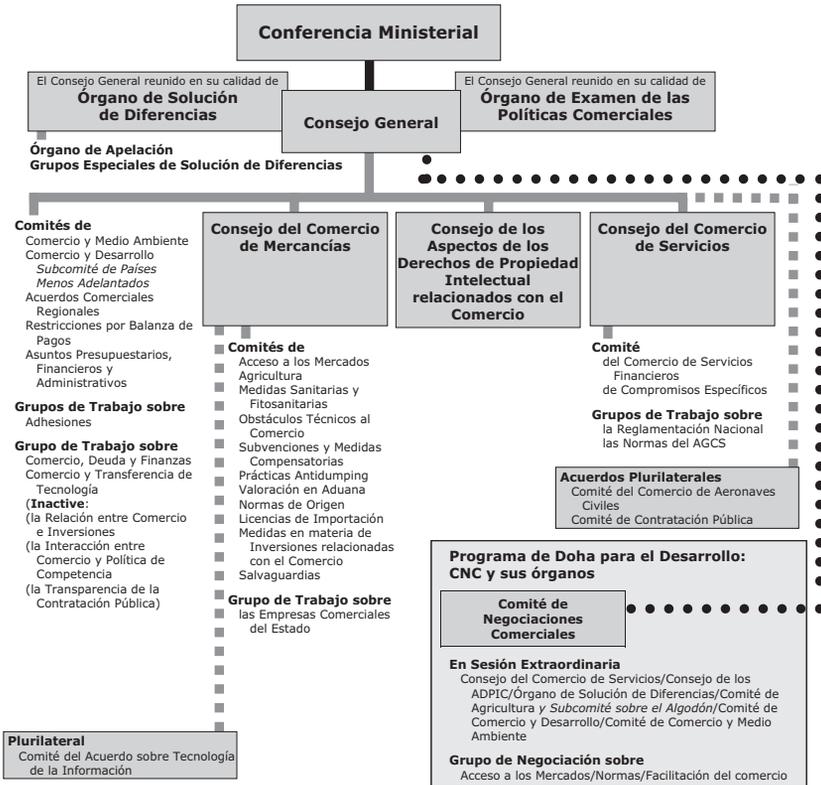
- La Conferencia Ministerial está compuesta por los ministros de comercio internacional de todos los países miembros. Este es el organismo supremo de la OMC, encargado de establecer la dirección estratégica de la organización y de tomar todas las decisiones finales sobre los acuerdos que se establecen bajo su jurisdicción. La Conferencia Ministerial se reúne por lo menos cada dos años. Aun cuando puede haber votación, las decisiones generalmente se toman por consenso, un proceso que puede ser muy difícil en un organismo que cuenta con 148 miembros que difieren mucho entre sí.
- El Consejo General está compuesto por representantes de alto rango (generalmente a nivel de embajador) de todos los países miembros. Es el encargado de supervisar las actividades día a día y la administración de la OMC y está domiciliado en la sede de la OMC en Ginebra, Suiza. En la práctica, este cuerpo es el foro clave de la OMC para la toma de decisiones sobre la mayoría de los asuntos. Varios de los organismos que se describen abajo rinden cuentas directamente al Consejo General.
- El Órgano de Examen de las Políticas Comerciales también está integrado por todos los miembros de la OMC y supervisa el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales. Revisa periódicamente las políticas y las prácticas comerciales de todos los estados miembros. Estas revisiones tienen como objetivo suministrar un indicativo general sobre cómo están cumpliendo los miembros con sus obligaciones y ayudarles a mejorar la observación de sus obligaciones ante la OMC.
- El Órgano de Solución de Diferencias también consta de todos los miembros de la OMC. Supervisa la implementación y efectividad de los procesos de solución de diferencias para todos los acuerdos de la OMC, así como la implementación de las decisiones con respecto a las disputas en la OMC. Las disputas se presentan y se

resuelven en paneles de solución de diferencias nombrados específicamente para cada caso, así como en el Órgano de Apelación, establecido en 1994. La solución de diferencias es un requisito para todos los miembros y es vinculante para todos los miembros. Una decisión final del Órgano de Apelación sólo puede ser revocada por consenso general del Órgano de Solución de Diferencias.

- Los Consejos del Comercio de Mercancías y del Comercio de Servicios funcionan bajo el mandato del Consejo General y se componen de todos los miembros. Brindan un mecanismo para supervisar los detalles de los acuerdos generales y específicos de comercio en mercancías (tales como los acuerdos sobre textiles o agricultura) y de comercio en servicios. También hay un Consejo para el acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que se ocupa solamente de ese acuerdo y esa área temática.
- La Secretaría y la Oficina del Director General de la OMC tienen su sede en Ginebra, en la que solía ser la sede del GATT. En la Secretaría trabajan unas 600 personas y asume las funciones administrativas en todos los aspectos de la organización. La Secretaría no tiene facultades legales de toma de decisiones pero ofrece servicios vitales, y con frecuencia guía, a los miembros. El Director General, elegido por todos los miembros, encabeza la Secretaría.
- El Comité de Comercio y Desarrollo y el Comité de Comercio y Medio Ambiente son dos de los varios comités que continuaron o se establecieron bajo el Acuerdo de Marrakech en 1994. Tienen mandatos específicos de concentrarse en estas relaciones, las cuales son de especial importancia para el manejo que hace la OMC de los asuntos relacionados con desarrollo sostenible. El Comité de Comercio y Desarrollo se estableció en 1965. El predecesor del Comité de Comercio y Medio Ambiente (el Grupo sobre Medidas Ambientales y Comercio Internacional) se estableció en 1971, pero no se reunió sino hasta 1992. Ambos Comités funcionan hoy en día como foros de discusión y lugares de negociación y son parte del programa de trabajo de Doha. El mandato del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) se discutirá en detalle en la Sección 3.2.1.

Estructura de la OMC

Todos los Miembros de la OMC pueden participar en todos los consejos, comités, etc., con excepción del Órgano de Apelación, los grupos especiales de solución de diferencias, y los comités establecidos en el marco de los acuerdos plurilaterales.



Explicación	
■	Rinden informe al Consejo General (o a un órgano subsidiario)
■	Rinden informe al Órgano de Solución de Diferencias
■ ■ ■ ■ ■	Los Comités de los Acuerdos plurilaterales rinden informe de sus actividades al Consejo General o al Consejo del Comercio de Mercancías, aunque no todos los Miembros de la OMC han firmado estos acuerdos
● ● ● ● ●	El Comité de Negociaciones Comerciales rinde informe al Consejo General
El Consejo General se reúne también en su calidad de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y Órgano de Solución de Diferencias	

Fuente: Organización Mundial del Comercio

3.2.1 El Comité de Comercio y Medio Ambiente

Entre los términos de referencia que recibió el CCMA en sus orígenes en Marrakech se encontraban estos:

“Establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible;

Hacer recomendaciones oportunas sobre si son necesarias modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no-discriminatorio del sistema...”

El Comité redujo este amplio mandato a un plan de trabajo de diez puntos (ver Recuadro 3-1) y usó esa agenda como el marco para las discusiones, hasta que su función cambió fundamentalmente con la Declaración de Doha del 2001. En Doha, los miembros encargaron al Comité de concentrarse primordialmente en tres aspectos:

- La relación entre la OMC y los AMUMA;
- Los procedimientos de intercambio de información entre las Secretarías de los AMUMA y la OMC, y criterios para otorgarle a los AMUMA el estatus de observadores en las reuniones de la OMC; y
- La reducción o eliminación de los obstáculos al comercio en bienes y servicios ambientales.

El CCMA pasaba a servir de foro de negociación para estas cuestiones y así contribuir a los resultados del plan de Doha, un papel fundamentalmente distinto del que había tenido como foro de discusión hasta ese momento. Para su nueva misión se reúne en sesiones especiales de negociación. También se le indicó al CCMA que en el desarrollo de su trabajo sobre la agenda de diez puntos, le prestara especial atención a tres cuestiones (aun cuando no en forma de negociaciones):

- El efecto de las medidas ambientales sobre el acceso al mercado y los beneficios ambientales de la eliminación de las distorsiones en el comercio;
- Las estipulaciones pertinentes del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC); y
- Los requisitos para el etiquetado con fines ambientales.

El contenido de estos aspectos se discute en profundidad en el capítulo 5 y los detalles específicos de la agenda revisada del CCMA se tratan con mayor detalle en la Sección 7.1.

**Recuadro 3-1: El Mandato de Marrakech
para el Comité de Comercio y Medio Ambiente**

El CCMA se creó con un programa de discusión de diez puntos:

1. La relación entre las reglas de comercio y las medidas comerciales usadas para fines ambientales, incluyendo las que se encuentran en los AMUMA.
2. La relación entre las normas comerciales y las políticas ambientales que afecten el comercio.
3. a) La relación entre las normas comerciales y los impuestos y tasas ambientales.
b) La relación entre las normas comerciales y los requisitos ambientales para los productos, tales como los estándares y regulaciones establecidos para el empaque, etiquetado y reciclaje.
4. Normas comerciales sobre transparencia (es decir, la publicación completa y oportuna) de las medidas comerciales que se usan para fines ambientales, y de las políticas ambientales con impactos sobre el comercio.
5. La relación entre los mecanismos de resolución de diferencias de la OMC y los de los AMUMA.
6. La posibilidad de que se creen medidas ambientales que impidan a las exportaciones de los países en desarrollo el acceso a los mercados, y los potenciales beneficios ambientales de eliminar las restricciones y distorsiones en el comercio.
7. La cuestión de la exportación de mercancías que están prohibidas en el mercado interno.
8. La relación entre el medio ambiente y el Acuerdo sobre los ADPIC.
9. La relación entre el medio ambiente y el comercio de servicios.
10. La relación de la OMC con otras organizaciones, tanto no gubernamentales como inter-gubernamentales.

3.3 Funciones de la OMC

Las principales funciones de la OMC se pueden describir en términos sencillos. Son las siguientes:

- Supervisar la implementación y la administración de los acuerdos de la OMC;
- Brindar un foro para las negociaciones; y
- Brindar un mecanismo de solución de diferencias.

Los objetivos de estas funciones están señalados en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Son los siguientes:

- Mejorar los niveles de vida;
- Asegurar pleno empleo;
- Asegurar un nivel elevado y cada vez mayor del ingreso real y de la demanda; y
- Expandir la producción de y el comercio en bienes y servicios.

Estos objetivos deben lograrse al mismo tiempo que se permite un uso óptimo de los recursos del mundo en concordancia con el objetivo de desarrollo sostenible, y a la vez que se busca proteger y preservar el medio ambiente. El preámbulo también menciona específicamente la necesidad de ayudar a los países en desarrollo, especialmente a los menos desarrollados, para que obtengan una participación creciente en el comercio mundial.

3.4 Los principios fundamentales

La OMC busca lograr sus objetivos mediante la reducción de los obstáculos existentes al comercio y evitando que se creen nuevos obstáculos. Busca asegurar condiciones justas y equitativas de competencia para el acceso a los mercados, así como la previsibilidad del acceso para todos los bienes y servicios transados. Este enfoque se basa en dos principios fundamentales: el del trato nacional y el de la nación más favorecida. Estos dos principios constituyen la “disciplina” fundamental de la no discriminación que se encuentra a la base de la legislación comercial.

- El principio de trato nacional exige, en sus términos básicos, que todos los bienes y mercancías de otro país deben ser tratados de la misma manera que se tratan los del propio país.

- El principio de la nación más favorecida exige que si se le da un trato especial a los bienes y servicios de un país, éste debe extenderse a todos los miembros de la OMC. Ningún país debe recibir privilegios que distorsionen el comercio.

Los miembros aplican estos principios de no discriminación a “productos similares”, es decir, aquellos que tienen una cualidad similar y que desempeñan más o menos la misma función de manera parecida. Tienen el derecho, por supuesto, de discriminar entre productos que no son similares: las naranjas extranjeras no tienen que someterse al mismo trato que las zanahorias locales. Nótese, sin embargo, que aun cuando ciertos productos no sean ni física ni químicamente idénticos pueden ser considerados como productos similares si, entre otras, sirven para el mismo fin, los consumidores los tratan como intercambiables, se desempeñan con la misma eficacia o no exigen un trato distinto en su uso o en el momento de deshacerse de ellos. Por lo tanto, la “prueba de productos similares”, que trata de determinar cuáles productos son iguales y cuáles no, es de fundamental importancia. Estos dos principios y la noción de “productos similares” se discuten más adelante en la Sección 3.5.1.

Hay quienes sostienen que el concepto de desarrollo sostenible sirve ahora como un principio guía para la interpretación de los acuerdos de la OMC. En el fallo del Órgano de Apelación en el caso **Estados Unidos- Camarones-Tortugas** (ver recuadro 3-2) se vio claramente que la interpretación de la legislación de la OMC debe reflejar la inclusión muy explícita que se hizo en la Ronda Uruguay del lenguaje y el concepto de desarrollo sostenible (en el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC). Este fallo puede haber sido el que condujo a la OMC a exigir que las disposiciones legales de sus acuerdos se interpreten y apliquen a la luz de la evolución de los principios y los estándares legales del desarrollo sostenible.

Esta por verse aún, por supuesto, cómo va a utilizar la OMC el concepto de desarrollo sostenible como principio de interpretación. Pero sí queda claro que elevar la noción de “desarrollo sostenible” a esta función es un paso significativo para lograr que los objetivos de las políticas comerciales y del desarrollo sostenible se apoyen mutuamente.

Recuadro 3-2: La OMC, camarones y tortugas

Los fallos del Órgano de Apelación (OA) de la OMC en el caso ***Estados Unidos-Camarones- Tortugas*** son una especie de hito ambiental. El caso tiene su origen en una medida de los Estados Unidos para prohibir la importación de camarones de países que no prescriben medidas similares a las que obligan a la flota de los Estados Unidos para evitar que las tortugas marinas amenazadas se ahoguen en las redes de pesca de camarón. Es decir, esta fue una medida basada en procesos y métodos de producción (PMP) que discriminaba ciertas importaciones de camarón sobre la base del método utilizado para cosechar el camarón.

En octubre de 1996, India, Malasia, Pakistán y Tailandia presentaron una queja ante la OMC alegando que esta medida violaba las normas de la OMC. El panel de disputas estuvo de acuerdo, lo mismo que el OA. Pero este último se posicionó en contra de la noción tradicional, y falló que la medida de los Estados Unidos, basada en los PMP, podía ser permitida bajo la excepción del Artículo XX(g) de GATT, la cual se refiere a la conservación de recursos naturales. También sentó un precedente al mirar más allá de la ley comercial y referirse a varios AMUMA para conseguir una definición de recursos naturales que incluyera los recursos vivos (como las tortugas).

Pero falló contra los Estados Unidos por cuestiones de procedimiento, al encontrar que hubo discriminación injustificada o arbitraria en los siguientes sentidos:

- Se precisó el uso de una tecnología específica—el dispositivo excluidor de tortugas (DET)—en lugar de señalar el objetivo ambiental;
- Le dio a los países reclamantes menos tiempo de ventaja para cumplir con lo solicitado que a otros países;
- Rechazó camarones basándose en la política que se sigue en el país de origen, incluso si el camarón había sido pescado utilizando estándares aceptables para los Estados Unidos acepta;
- No tuvo en cuenta el relativamente alto costo de los DETs en los países en desarrollo;
- No exploró alternativas multilaterales con los reclamantes.

El resultado de este caso no es tan sólo un conjunto muy favorable de precedentes desde el punto de vista del desarrollo sostenible, sino también una guía de “principios básicos” para establecer qué hace que una medida basada en los PMP sea aceptable.

3.5 Los acuerdos clave, con especial consideración de aquellos relacionados con el medio ambiente

3.5.1 GATT de 1994

El GATT es el punto de partida para los principios clave de la legislación comercial, bien sea multilateral, bilateral o regional. Concluido en 1948, se ha mantenido prácticamente en la misma forma desde entonces, formando parte integral de los resultados de la Ronda de Uruguay como GATT de 1994. Consta de 37 artículos y un número de acuerdos aclaratorios, así como algunos anexos. En esta sección reseñamos algunos artículos que son de importancia clave para el medio ambiente.

El Preámbulo

El primero, y que de alguna manera subyace a nuestra interpretación del GATT de 1994 y de otros elementos de la OMC, es el preámbulo al Acuerdo de Marrakech—el acuerdo que cerró la Ronda Uruguay de negociaciones y estableció la OMC. Aun cuando el texto mismo del GATT no fue enmendado en la Ronda de Uruguay, hoy se considera que el preámbulo del Acuerdo de Marrakech produjo un cambio importante al preámbulo del GATT original al incorporarlo y agregarle una serie de puntos clave. El texto original del párrafo principal del preámbulo del GATT de 1947 se cita en tipo normal abajo. Lo que se agregó en el Acuerdo de Marrakech aparece en bastardilla:

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y de demanda efectiva, y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales *de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico.*

Esta adición al texto se ha convertido de hecho en una guía útil para interpretar el GATT y otros acuerdos de la OMC y, por lo tanto, ha tenido un efecto significativo en las decisiones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, especialmente en el Órgano de Apelación. Como resultado de estas decisiones, el GATT de 1994 debe leerse y entenderse a la luz de este nuevo preámbulo.

En términos de la relación con la gestión y la protección ambiental, la legislación del GATT debe trabajarse en dos pasos: primero, hay algunas disciplinas específicas, muy notablemente las que se refieren a la discriminación entre productos locales e importados y aquellas relacionadas con las restricciones cuantitativas a la importación o exportación. En segundo lugar, están las excepciones a las reglas, las cuales establecen el derecho que tienen los miembros de desviarse de esas disciplinas por una razón u otra, entre las que se cuenta la protección ambiental. Más adelante nos ocupamos de estos dos pasos.

Artículos I y III No discriminación, productos similares

En los artículos I y III del GATT residen los principios fundamentales: la nación más favorecida y el trato nacional. Más arriba señalamos cómo estos dos principios constituyen la disciplina básica de no discriminación de la OMC.

El Artículo I establece la norma de la nación más favorecida. Ésta le exige a las partes que si se le confiere un trato especial a los bienes provenientes de un país, este trato debe hacerse extensivo a los demás países miembros de la OMC. Esta disposición se estableció debido a que los países tenían diversos niveles arancelarios para los distintos países, y su propósito era el de eliminar estas diferencias. Este principio se ha hecho extensivo a otros posibles obstáculos al comercio.

Esta regla tiene dos excepciones importantes. La primera tiene que ver con los acuerdos comerciales regionales. Dondequiera que se hayan adoptado estos acuerdos, se pueden establecer aranceles preferenciales entre las partes en el acuerdo. La segunda excepción es para los países en desarrollo, especialmente para los menos desarrollados. El GATT permite a los miembros establecer tarifas arancelarias preferenciales, o la eliminación total de tales tarifas, a los productos que provengan de esos países, al mismo tiempo que se mantienen tarifas más altas para productos similares provenientes de otros países. Esta excepción tiene como fin promover el desarrollo económico en donde más se necesita.

El Artículo III establece la norma del trato nacional. Exige que los productos de otros países no sean tratados “menos favorablemente” que los “productos similares” producidos en el país importador. La finalidad básica de la regla del trato nacional es la de asegurar que los productos elaborados en el extranjero tengan las mismas oportunidades para competir en los mercados nacionales. Es decir, las leyes, regulaciones y políticas nacionales no deben afectar las oportunidades competitivas de los productos importados.

De aquí se desprenden dos cuestiones cruciales. Primero, ¿qué quiere decir “no ser tratados menos favorablemente”? Bajo la ley comercial, se entiende que a nivel nacional se pueden tener medidas diferentes para los productos importados que para los de origen nacional siempre y cuando el trato que se le dé por ello al producto importado no sea menos favorable en términos de oportunidades para competir en el mercado. Adicionalmente, la ley puede ser exactamente la misma sobre el papel para el producto local y para el importado, pero si el efecto de la ley es sustancialmente diferente y si en la práctica (de facto) se trata el producto importado de manera menos favorable, esto podría ser una violación de la norma de trato nacional. La prueba clave para el trato menos favorables es, entonces, la forma en que la medida afecta realmente el producto en cuestión.

La segunda pregunta crucial es qué se entiende por “productos similares”. El Artículo III ordena dar el mismo trato sólo a los “productos similares”, otorgándole así enorme importancia a la definición. La prueba de productos similares es importante desde el punto de vista ambiental. Exploraremos este asunto con profundidad cuando discutamos los procesos y métodos de producción en la Sección 5.1, pero por ahora se puede ilustrar con un ejemplo. Tomemos dos tableros de circuitos integrados, uno producido de tal manera que emita sustancias que agotan el ozono y otro producido de tal manera que no contamine. ¿Son similares estos productos? Si lo son, entonces los reguladores ambientales no le pueden dar preferencia al producto ecológico por encima del otro cuando los dos llegan a las fronteras. Tampoco puede discriminar en contra del producto contaminante si cruza la frontera para competir con productos de origen nacional cuya producción no es contaminante. Todavía no se tiene una respuesta clara a estas cuestiones, y la ley consuetudinaria existente permite que se presenten argumentos a favor de cada caso.

El asunto es muy distinto si la contaminación en cuestión surge no de la forma en que un bien es producido, sino de las características del bien o de la manera en que es usado o desechado. Es decir, ¿pueden considerarse “similares” un automóvil que es energéticamente eficiente y uno que gasta mucho combustible? Tradicionalmente, los paneles de solución de diferencias del GATT han utilizado cuatro criterios para establecer si los productos son similares, criterios que han sido diseñados principalmente para poner a prueba si compiten directamente por el mismo renglón en el mercado, es decir, si son “intercambiables comercialmente”:

1. Propiedades físicas, naturaleza del producto y calidad;
2. Usos finales;
3. Gustos y hábitos de los consumidores; y
4. Clasificación arancelaria.

Hasta el momento, el Órgano de Apelación de la OMC no ha querido incluir los riesgos a la salud humana o al medio ambiente como criterios separados para establecer la similitud de los productos. Sin embargo, sí ha declarado que las cuatro pruebas arriba indicadas no son criterios mandados por el tratado y que cualquier determinación definitiva sobre la similitud de los productos requiere de una evaluación general basada en una serie de criterios pertinentes y datos relacionados. En por lo menos un caso (CE – Asbestos), esta serie de criterios ha incluido el riesgo a la salud humana o al medio ambiente que conlleva el producto. Es decir, según el Órgano de Apelación, cuando se produce un riesgo por las características físicas de un producto, pero no por las de otro, esto puede ser un argumento legítimo en contra de la similitud.

Artículo XI: Restricciones cuantitativas y licencias

El Artículo XI del GATT impone otro tipo de límite a las medidas que pueden tomar los miembros para restringir el comercio. Prohíbe el uso de prohibiciones o cuotas a la importación o exportación, bien sea por medio de prohibiciones sencillas o limitaciones o a través de sistemas de licencias de importación o exportación. Esta prohibición tiene su origen en el hecho de que tales medidas basadas en el volumen distorsionan el mercado más que las medidas basadas en el precio, tales como los aranceles y los impuestos. Los productos agrícolas se benefician en la actualidad de una importante excepción al Artículo XI y están sujetos en general a un régimen distinto (el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC).

El Artículo XI podría llevar a conflictos con los mecanismos comerciales de algunos AMUMA. Por ejemplo, el Convenio de Basilea y la CITES imponen requisitos de licencias o permisos para comerciar en los materiales que controlan. Sin embargo, hasta el presente este tipo de provisiones de los AMUMA no han sido cuestionados bajo la legislación comercial.

Artículo XX: Excepciones ambientales

Un gobierno que desee cuestionar una medida ambiental (o de otro tipo) tiene que alegar incumplimiento de los Artículos I, III u XI de GATT (o de otro acuerdo, tal como se han descrito). Sin embargo, incluso cuando la legislación nacional se considera incompatible con alguna de estas normas, no violará el GATT de 1994 si el estado que invoque esa medida puede argumentar de manera convincente que cae bajo las disposiciones del Artículo XX del GATT (Excepciones Generales), el cual admite ciertas excepciones específicas a las reglas. Hay dos tipos de excepción que son de especial relevancia para las medidas relacionadas con el medio ambiente, los Artículos XX(b) y XX(g):

Artículo XX: A reserva de que no se apliquen las medidas en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que alguna parte contratante adopte o aplique las medidas:...

- (b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;*
- (g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;*

Un país que desee usar las excepciones ambientales contempladas en el Artículo XX tiene que superar dos obstáculos. Primero debe establecer la justificación provisional para usar el Artículo XX demostrando que es aplicable el sub-párrafo (b) o (g). Debe luego establecer una justificación final, demostrando que la medida en cuestión no contradice el párrafo introductorio, o encabezamiento, arriba citado.

El párrafo (b) exige que el estado demuestre que la medida es “necesaria” para la protección del medio ambiente. La prueba de la necesidad se había aplicado en algunos casos del GATT para descartar categóricamente las leyes ambientales que protegían el medio ambiente por fuera de los límites del país que se acogía a esta regulación. Sin embargo, el Órgano de Apelación de la OMC de 1998 que falló sobre el Artículo XX (g) (el caso Estados Unidos-Camarones-Tortugas – ver Recuadro 3-2) puede haber cambiado esto al exigir que sólo se establezca un “nexo suficiente” entre a ley y el medio ambiente del país que promulga la medida. Este fallo hará más difícil que se hagan exclusiones generales cuando se aplique el párrafo (b) del mismo artículo. Aun cuando este fallo no examinó en detalle lo que puede considerarse un nexo suficiente, parece que puede aplicarse a los impactos transfronterizos sobre el aire y el agua, o a los efectos sobre las especies amenazadas o migratorias, por ejemplo.

Otros aspectos de la prueba de necesidad en la época en que regía GATT exigían que el país miembro demostrara que era necesario aplicar medidas que afectaran el comercio y, si esto se demostraba, también se debía probar que se había usado la medida menos restrictiva para el comercio que fuera posible. Estos requisitos constituían un difícil obstáculo, especialmente si la medida en discusión se contraponía a alternativas puramente hipotéticas, en lugar de a aquellas que eran realmente prácticas para los reguladores ambientales. Sin embargo, en casos recientes la OMC

ha adoptado un enfoque más apropiado, en el que sólo se tienen en cuenta las medidas alternativas “razonablemente disponibles”, y en donde “razonable” se define teniendo en cuenta factores tales como los costos de la adopción de las medidas y la capacidad administrativa para implementarlas. Adicionalmente, las medidas alternativas deben ser igualmente eficaces para lograr los objetivos del país que las adopte.

Un estado que reclame una excepción bajo el párrafo (g) debe probar primero que su legislación se relaciona con la conservación de recursos naturales agotables. El caso Estados Unidos-Camarones-Tortugas (ver Recuadro 3-2) significó un progreso desde la perspectiva ambiental al basarse en una definición amplia de recurso natural agotable que incluye recursos vivos y no vivos (que incluyen a su vez otras especies) así como recursos renovables y no renovables. Como segunda medida, la legislación debe ir acompañada de restricciones internas sobre la administración, producción o consumo del recurso a ser conservado. En otras palabras, los costos de cualquier régimen de conservación no pueden reservarse exclusivamente para países extranjeros. Por último, la legislación debe estar “encaminada principalmente” a los objetivos de conservación; debe demostrar una “relación estrecha entre medios y fines”. Estos requisitos contribuyen a asegurar que la protección ambiental no sea apenas una forma enmascarada de discriminación comercial.

Si la legislación pasa las pruebas aquí descritas, debe entonces pasar las pruebas que figuran en el encabezamiento o párrafo introductorio del Artículo XX que abordan la forma como se aplica la ley. Las tres pruebas que hay que pasar según el encabezamiento determinan si, en su aplicación, una medida es discriminatoria arbitraria o injustificadamente, o si consiste en una forma enmascarada de discriminación comercial. La expresión más clara hasta el momento sobre lo que conllevan estas pruebas en el contexto ambiental proviene del caso Estados Unidos-Camarones-Tortugas de 1998. Aun cuando el Órgano de Apelación no trató de definir estos términos, se puede afirmar que definió una serie de criterios en ese caso para establecer cuándo un país no ha pasado las pruebas, tal como son los siguientes:

- Un estado no puede exigir a otro que adopte ciertas tecnologías o medidas ambientales específicas; debe permitirse el uso de tecnologías o medidas que tengan el mismo efecto final.
- Cuando se aplique una medida a otros países, los países reguladores deben tener en cuenta la diferencia de las condiciones que rigen en esos otros países.

- Antes de promulgar medidas comerciales unilaterales que abarquen procesos y métodos de producción extranjeros, los países deben emprender negociaciones con el (los) país(es) exportador(es). Si los países exportadores no aceptan negociar, o negocian de mala fé, esto le otorga una mayor libertad de acción a los países importadores para promulgar medidas unilaterales en el futuro.
- Se debe otorgar a los países extranjeros afectados por las medidas comerciales el tiempo necesario para hacer ajustes.
- Deben ponerse a disposición de los países o productores extranjeros el debido proceso, la transparencia, los procedimientos adecuados de apelación u otras medidas de salvaguarda del proceso para que puedan revisar la aplicación de la medida.

3.5.2 El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC conjugó una serie de acuerdos negociados en la Ronda Uruguay, así como el GATT de 1994, para configurar un corpus coherente de legislación para la OMC que cubriera muchos aspectos del comercio en bienes y servicios. Uno de estos acuerdos fue el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (precedido en la Ronda de Tokio por el Código de Normas plurilateral), que cubre medidas relacionadas con las normas que pueden ser obstáculos no arancelarios al comercio. Entre éstas se cuentan los estándares técnicos de desempeño que debe cumplir un producto para ser importado o exportado, como los estándares de eficiencia energética para las máquinas lavadoras, por ejemplo. También se cuentan los estándares ambientales, sanitarios, laborales y demás con los que debe cumplir un producto en su ciclo de vida, como por ejemplo que los productos madereros deben venir de bosques manejados de manera sostenible. El Acuerdo sobre OTC establece cuándo se permite fijar tales obstáculos y bajo cuáles condiciones (notificación, transparencia en el desarrollo de las normas, el uso de estándares internacionales cuando sea apropiado, y demás). Rige para todos los estándares gubernamentales e incluye la mayoría de los niveles de gobierno. Los estándares no gubernamentales y no obligatorios se cubren el Código de Buenas Prácticas, que es menos estricto. Las diferencias en el tipo de cubrimiento se discuten en mayor detalle en el contexto de los estándares ambientales y las etiquetas ecológicas en la Sección 5.4.

Mientras que la idea central del GATT es la de establecer un estándar relativo para el trato en el comercio de bienes, es decir, que los bienes del extranjero no reciban un trato menos favorable que el que se le aplica a

los bienes de origen nacional, o a los bienes que provengan de terceros, el OTC es diferente en tanto va un paso más allá al exigir ciertos estándares de trato absolutos. Por ejemplo, el OTC exige que los requisitos de etiquetado no sean más restrictivos de lo necesario, independientemente de si se trata de la misma manera a los productos extranjeros y los de origen nacional.

3.5.3 El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Al igual que el Acuerdo OTC, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias se negoció en la Ronda Uruguay. Cubre todos los estándares “necesarios” para proteger a los seres humanos, los animales y las plantas de ciertos peligros asociados con el movimiento de plantas, animales y alimentos en el comercio internacional. Entre estos se cuentan, por ejemplo, las medidas en estas áreas para proteger el medio ambiente o la salud de los seres humanos, los animales y las plantas contra:

- Los riesgos de plagas, enfermedades y organismos patógenos resultantes que ingresan al país con los bienes comerciados; y
- Los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.

De la misma manera que el Acuerdo sobre OTC, el acuerdo MSF brinda ciertos estándares estrictos para la elaboración de normas, en este caso las que tienen que ver con las medidas sanitarias y fitosanitarias. Describe cuáles son las condiciones que se deben cumplir (tales como la notificación, la transparencia en el desarrollo de las normas, el uso de estándares internacionales cuando sea apropiado y demás). Exige que los estándares se basen en evidencia científica y que se haga una evaluación de riesgos. Hay una provisión especial para poder adoptar medidas provisionales cuando la información científica del momento no sea suficiente para adoptar medidas permanentes, con lo cual el acuerdo MSF resulta ser uno de los pocos acuerdos de la OMC que adopta un enfoque precautelativo.

Los estándares absolutos que imponen los Acuerdos OTC y MSF pueden causar problemas. En algunos casos, los niveles establecidos pueden ser tan altos como para que le resulte muy difícil alcanzarlos a los países en desarrollo, dados sus limitados recursos técnicos y administrativos. Así mismo, los estándares que establece el Acuerdo MSF en particular pueden ser muy distintos a los que se establecen en los regímenes ambientales na-

cionales e internacionales. Por ejemplo, aun cuando el Acuerdo MSF cuenta con disposiciones que admiten medidas provisionales cuando no hay certeza, sin embargo no va hasta el punto que sí considera el Protocolo de Cartagena de admitir medidas precautelativas. Por lo tanto, hay algo de incertidumbre acerca de cuáles han de ser exactamente las obligaciones que contraen los países ante este tipo de normas, así como el riesgo de que las normas comerciales entren en conflicto con algunas políticas ambientales nacionales e internacionales establecidas por fuera de la OMC.

3.6 Otros acuerdos

Otros acuerdos de la OMC tienen efecto sobre la relación a largo plazo entre el régimen comercial, el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Algunos están siendo negociados como parte del programa de Doha (ver Sección 7.1), aun cuando las implicaciones ambientales de estas negociaciones no se abordan explícitamente. Entre ellos se cuentan los siguientes acuerdos:

- El Acuerdo sobre la Agricultura (ver Sección 5.8);
- El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ver Sección 5.7);
- El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (ver Sección 5.10); y
- El Acuerdo sobre Contratación Pública (ver Sección 5.12).

3.7 Acuerdos comerciales regionales

Aun cuando la OMC proporciona los rasgos centrales del régimen comercial global, al mismo tiempo están vigentes cada vez más acuerdos comerciales regionales y bilaterales, en gran parte modelados a partir del sistema multilateral. De los 273 acuerdos comerciales regionales de los que se ha notificado a la OMC hasta diciembre del 2003, tan sólo 120 fueron creados antes de 1995. Si estos acuerdos se concluyen tal como se prevé en la notificación a la OMC, para diciembre del 2005 habrá más de 300 acuerdos comerciales regionales vigentes. También hay vigentes unos 2200 acuerdos bilaterales de inversión.

Según el Artículo XXIV del GATT y el Artículo V de AGCS, tales áreas de libre comercio son permitidas bajo las normas de la OMC, siempre y cuando reúnan tres criterios: que no se erijan obstáculos al comercio para

los no firmantes, que el área de libre comercio se establezca en su totalidad dentro de un plazo razonable de transición (que se entiende generalmente como de no más de diez años), y que se eliminen los aranceles y las regulaciones en “sustancialmente todos los sectores”. Esto último se ha interpretado de varias maneras, y puede decirse que muchos acuerdos no consiguen superar este obstáculo. Sin embargo, aun cuando se debe notificar a la OMC sobre todos los acuerdos regionales/bilaterales en los que participe un país miembro, y estos deben ser aprobados por la OMC, hasta el momento ninguno ha sido rechazado. Bien puede ser que los miembros no se sienten inclinados a censurar lo que ellos también practican.

Los acuerdos regionales y bilaterales adoptan enfoques muy variados respecto a las ambientales. Estos se describen en mayor detalle en el Capítulo 6.

3.8 Solución de diferencias

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC, con su capacidad para brindar decisiones vinculantes, es uno de los elementos centrales de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. El Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD) introdujo un proceso más estructurado de solución de diferencias con etapas más claramente definidas de las que existían bajo el GATT de 1947. Una diferencia fundamental entre los dos es que bajo el GATT se necesitaba de un consenso positivo para adoptar las resoluciones, de tal manera que cualquier parte podía evitar que se adoptara formalmente una decisión. Bajo el ESD, las resoluciones de solución de diferencias se adoptan automáticamente, a menos que se decida lo contrario por consenso. Esto se conoce como un “consenso negativo” (o “en contrario”) y dificulta que se rechacen las decisiones. El ESD, sin embargo, también introdujo un mecanismo de apelación de los fallos ante un Órgano Permanente de Apelación.

Una diferencia se presenta ante la OMC cuando un miembro considera que otro miembro ha infringido sus derechos bajo alguno de los acuerdos regidos por la OMC. De ordinario, esto se plantea cuando una empresa llama la atención de su gobierno sobre una presunta infracción, y el gobierno decide que se justifica presentar el caso ante la OMC. Las dos partes en la diferencia siguen una serie pre-establecida de procedimientos (ver Recuadro 3-3).

Recuadro 3-3: Cuatro etapas del mecanismo de solución de diferencias de la OMC

Consultas: Las partes en una diferencia tienen que mantener consultas para ver si pueden resolver sus diferencias por sí solos. Si las consultas no dan resultados positivos en un lapso de 60 días, el país reclamante puede pedir al Órgano de Solución de Diferencias que forme un panel. Las partes pueden también buscar resolver la diferencia por medio de procedimientos de buenos oficios, conciliación o mediación.

El Panel: Un panel conformado por tres miembros decide el caso en un proceso cuasi-judicial. En caso de que la disputa involucre a un país en desarrollo, uno de los miembros del panel tiene que ser de un país en desarrollo. El informe del panel, que debe circular entre todos los miembros de la OMC en un plazo de nueve meses después de haberse constituido el panel, se convierte en el fallo definitivo del OSD, a menos que sea rechazado por consenso o se pase una apelación.

Apelaciones: En comparación con el GATT, la posibilidad de apelar una decisión del panel es un rasgo nuevo dentro de los mecanismos de solución de diferencias. Cualquiera de las partes puede apelar un fallo del panel, basándose en cuestiones de derecho. Tres miembros del Órgano de Apelación, escogidos al azar, examinan la apelación y pueden confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del panel en un informe que se debe presentar en un plazo de 60 a 90 días.

Vigilancia de la implementación: Se le exige al país demandado que declare su intención de cumplir con lo dispuesto al cabo de 30 días después de que el OSD haya emitido su resolución. Si el país parte no implementa lo dispuesto dentro de un lapso de tiempo razonable (generalmente entre ocho y quince meses), los dos países inician negociaciones para acordar una compensación adecuada. Si esto fracasa, el país reclamante puede pedir autorización al OSD para aplicar medidas de retorsión como, por ejemplo, la imposición de sanciones comerciales, el nivel de las cuales, a su vez, está sujeto a un arbitraje.

El OSD no puede obligar a un país a cambiar su legislación, ni siquiera cuando sus leyes contravienen las normas de la OMC. Los estados que quieren conservar esas leyes pueden o bien negociar compensación para el demandante (por ejemplo, aumentando el acceso a mercados en otras áreas), o bien, en caso de que esto falle, verse sujetos a sanciones comerciales de retorsión.

Lecturas recomendadas

Estructura y funciones de la OMC

Entender la OMC. Una introducción a la OMC. <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/tif_s.htm>.

Sutherland, Peter et al., 2004. "The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millenium." Report by the Consultative Board to the Director General Supachai Panitchpakdi. Geneva: WTO. <http://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.pdf>.

Los acuerdos clave

Textos jurídicos de la OMC. <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm>.

Resolución de diferencias

Solución de diferencias en la OMC. <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm>.