

CAPÍTULO VIII. El procedimiento de acuerdo fundamentado previo y las ecoetiquetas	225
I. El procedimiento de acuerdo fundamentado previo.	228
1. Los movimientos transfronterizos de OVM en el GATT . . .	233
2. La compatibilidad con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.	235
3. La compatibilidad con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio	246
II. Las ecoetiquetas.	251
1. Los requisitos de ecoetiquetado en el Protocolo de Cartagena.	252
2. La determinación del acuerdo aplicable	253
3. Las ecoetiquetas del Protocolo de Cartagena como reglamento técnico.	254

CAPÍTULO VIII

EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO FUNDAMENTADO PREVIO Y LAS ECOETIQUETAS

El derecho internacional del medio ambiente tiene un claro enfoque preventivo debido al carácter irreversible de algunos daños ambientales. Disponer de forma oportuna de información sobre los efectos ambientales que produce una actividad podría evitar en muchos casos algunos daños irreparables. No es pues extraño que para lograr sus objetivos algunos acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) utilicen controles comerciales basados en la información como el procedimiento de consentimiento fundamentado previo (CFP)¹ y los sistemas de ecoetiquetado.²

¹ Entre los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de la implementación del procedimiento del consentimiento fundamentado previo se encuentran: el Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación —en lo sucesivo el Convenio de Basilea—, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, núm. 227); el Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (*BOE*, 1o. de febrero de 1994, núm. 27); el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, hecho en Rotterdam el 10 de septiembre de 1998 (*BOE*, 25 de marzo de 2004, núm. 73). Para un análisis del procedimiento de consentimiento fundamentado previo en el contexto del comercio de sustancias químicas véase R. L. Paarlberg, “Managing Pesticide Use in Developing Countries”, en: Haas, P. M. y Keohane, R. O. (eds.), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, capítulo 7, Cambridge, MIT Press, 1994. Para un análisis del régimen del comercio internacional de residuos peligrosos véase Krueger, J., “Prior Informed Consent and the Basel Convention: The Hazards of What Isn’t Known”, *Journal of Environment & Development*, vol. 7, 1998, p. 115.

² Entre los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de un sistema de etiquetado ecológico se encuentran: el Convenio de Basilea (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, núm. 227) y el Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

Ahora bien, aunque en sí mismo el CFP no parece ir en contra de ninguna obligación del régimen del comercio internacional, en algunos casos, las limitaciones comerciales resultantes de su aplicación pueden dar lugar a algunos problemas de legalidad.³ Por su parte, las ecoetiquetas han sido analizadas y reguladas por el régimen del comercio internacional por guardar un gran potencial de ser utilizadas con fines proteccionistas.⁴

El objetivo de este capítulo es examinar en qué medida las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden ser un obstáculo para la aplicación del CFP y de los sistemas de ecoetiquetado. Siguiendo la metodología de capítulos anteriores realizaremos este examen utilizando como caso de estudio las disposiciones de un AMUMA. Para el presente capítulo hemos elegido las disposiciones del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología (en lo sucesivo el Protocolo de Cartagena) que, además de incorporar tanto el CFP —bajo la denominación de “procedimiento de acuerdo fundamentado previo (PAFP)” — como un sistema de ecoetiquetas, es un de los AMUMA más recientes y versa sobre un tema altamente novedoso y controvertido.⁵ El Protocolo establece

³ Rivera-Torres, O., “The Biosafety Protocol and the WTO”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 26, primavera 2003, p. 310; Bernasconi-Osterwalder, N., “The Cartagena Protocol on Biosafety: A Multilateral Approach to Regulate GMO’s” en Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, p. 712; Safrin, S., “Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements.” *The American Journal International Law*, vol. 96, núm. 3, 2002, pp. 606-628; Charnovitz, S., “The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules”, *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 13, 2000, pp 271-300; Schoenbaum, T. J., “International Trade in Living Modified Organisms”, en Francioni, F., *Environment, Human Rights & International Trade*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 27-38.

⁴ Los efectos de las ecoetiquetas en el sistema multilateral del comercio han sido analizados por el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la OMC. Sin embargo, no ha realizado aportaciones para solucionar los puntos de conflicto identificados. Véase el primer informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/1 del 12 de noviembre de 1996, párrafo 183. Véase también Charnovitz, S., “Critical Guide to the WTO-s Report on Trade and Environment”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, primavera 1997, p. 359; Haverkamp, J., “WTO Committee on Trade and Environment”, *American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education Course of Study*, mayo 15, 1997, pp. 411-416.

⁵ Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Cartagena), hecho en Montreal el 29 de enero de 2000 (*BOE*, 30 de julio de 2003, núm. 181). Véase también Varios Autores, *An Explana-*

procedimientos aplicables al movimiento transfronterizo de los organismos objeto de la biotecnología, a los que se refiere como “organismos vivos modificados” (OVM).⁶ Su objetivo es garantizar el movimiento transfronterizo seguro de aquellos OVM que pueden afectar a la biodiversidad, teniendo en cuenta también los riesgos para la salud humana.⁷ Recientemente un grupo especial de la OMC emitió un informe sobre una controversia respecto de una medida, que si bien no ha sido adoptada en el contexto del Protocolo de Cartagena, versa sobre su mismo ámbito material de aplicación y utiliza instrumentos similares a los que habrán de ser examinados en el presente capítulo.⁸ Utilizar las disposiciones del Protocolo de Cartagena como caso de estudio tiene la ventaja adicional de permitirnos ver la forma en que las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) interactúan con las disposiciones del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y del Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).⁹ Así, la primera parte de este capítulo la dedicamos a analizar

tory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety, Switzerland, IUCN in collaboration with FIELD and WRI, 2003.

⁶ Inciso g del artículo 3 del Protocolo de Cartagena.

⁷ Artículo 1o. del Protocolo de Cartagena. Grupos científicos han identificado cuatro tipos de riesgos para el medio ambiente o la salud derivados de las características de los OVM (el proceso de la ingeniería genética no es intrínsecamente peligroso). El primer tipo de riesgos se relaciona con los posibles cambios en las funciones y roles ambientales. El segundo tipo de riesgos se relaciona con el cambio en las relaciones genéticas; por ejemplo, el que se puede producir por el consumo de OVM por especies no modificadas. El tercer tipo de riesgos se caracteriza como efectos indirectos, que pueden ocurrir simplemente por la interacción durante tiempos prolongados entre OVM y no modificados con potenciales efectos en la jerarquía de competencia natural entre los organismos y la modificación del medio ambiente del que dependen las especies nativas. El cuarto tipo de riesgos son los cambios en la toxicidad y composición nutricional de los alimentos. Una persona puede saber que es alérgica a los tomates, sin embargo, podría no saber que es alérgica a los organismos utilizados para modificarlos. *Cfr.* Scientists' Working Group on Biosafety, *Manual for Assessing Ecological and Human Health Effects of Genetically Engineered Organisms*, Washington, The Edmonds Institute, 1998.

⁸ Informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, OMC Doc. WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293, 29 de septiembre de 2006.

⁹ El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) pueden consultarse, respectivamente, en *Los re-*

la compatibilidad del PAFP con el GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. En la segunda parte seguimos un orden de análisis similar pero en esta ocasión examinamos el sistema de ecoetiquetado.

I. EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO FUNDAMENTADO PREVIO

Antes de que la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) hiciera uso por primera vez del procedimiento del acuerdo fundamentado previo (PAFP) para la protección del medio ambiente, éste ya se aplicaba en el campo de la medicina, en donde todos los pacientes tienen el derecho de ser debidamente informados con antelación de que un determinado tratamiento o intervención conlleva posibles riesgos para su salud. Esto tiene como finalidad poner a su disposición la información necesaria que les permita tomar una decisión fundamentada sobre si desean o no recibir el tratamiento o correr el riesgo de que se trate.¹⁰ En el campo de la protección del medio ambiente, el funcionamiento del sistema es similar aunque los sujetos involucrados y los tipos de riesgos cambian. Normalmente las empresas exportadoras de un producto que pueda poner en riesgo el medio ambiente deben informar a las autoridades competentes del país importador de sus intenciones de llevar a cabo la importación, de esta manera el país importador podrá tomar una decisión fundamentada sobre si desea correr o no ese riesgo permitiendo o prohibiendo la importación. Este tipo de procedimientos de información previa resulta especialmente útil para ayudar a los países que no cuentan con métodos efectivos para identificar en sus controles fronterizos los riesgos ambientales de las mercancías que son importadas a su territorio.

sultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos], Ginebra, Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25, 503-583, 72-88, 143-169.

¹⁰ El Código Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas fue uno de los primeros códigos de conducta voluntarios encaminados a seguir una mejor seguridad alimentaria y, al mismo tiempo, proteger la salud humana y el medio ambiente. Fue adoptado en 1985 por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en su 23o. período de sesiones y posteriormente modificado para incluir disposiciones relativas al procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo en el 25o. período de sesiones de la Conferencia de la FAO. El texto de este código puede consultarse en www.fao.org.

En el contexto del Protocolo de Cartagena, el ámbito material de aplicación del PAFP se limita a los OVM destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente de la Parte de importación como pueden ser las semillas y los peces.¹¹ El PAFP requiere que, antes del primer movimiento transfronterizo de OVM, el exportador solicite el consentimiento de la parte importadora que decidirá basándose en una evaluación del riesgo ambiental si los permite o no y, en su caso, en qué condiciones.¹² El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos suficientes sobre los efectos adversos de un OVM, no impedirá que el país posiblemente afectado adopte una decisión en relación con su importación.¹³

El Protocolo de Cartagena no contiene prohibiciones comerciales destinadas a los Estados no partes, sólo exige que los movimientos transfronterizos de OVM entre partes y no partes se realicen de forma compatible con los objetivos del acuerdo.¹⁴ Para tal efecto el Protocolo anima a los Estados parte a celebrar acuerdos internacionales con los Estados que no son partes.¹⁵ No obstante, como observa O. Rivera, es posible que la manera más simple de que los Estados parte actúen de conformidad con el Protocolo, en el contexto de los movimientos transfronterizos de OVM con Estados que no son partes, sea sujetarlos a las mismas condiciones que a los Estados parte, entre otras, al PAFP.¹⁶

Ahora bien, ya que el PAFP en el Protocolo de Cartagena puede dar lugar a limitaciones comerciales de OVM su aplicación puede ser some-

¹¹ Párrafo 1 del artículo 7o. del Protocolo de Cartagena. Los OVM que no se destinan a la liberación en el medio ambiente del país importador y que son para uso como alimento humano o animal o para procesamiento como, por ejemplo, los granos destinados a hacer aceite o el maíz para alimentar ganado, no se sujetan al PAFP. Los OVM en tránsito por terceros Estados o destinados para un uso contenido como la investigación tampoco se sujetan a este procedimiento.

¹² *Idem*, en relación con los artículos 5, 6, 8-10 y 12.

¹³ *Ibidem*, párrafo 6 del artículo 10. El consentimiento sobre la importación de un OVM puede ser revisado o modificado sobre la base de nueva información científica acerca de los posibles efectos adversos en la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. Esta revisión puede ser de forma unilateral por el país importador o a solicitud de la parte exportadora.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 1 del artículo 24.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Rivera-Torres, O., "The Biosafety Protocol and the WTO ...", *cit.*, nota 3, pp. 309-310.

tida a exámenes de legalidad con base en el GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC.¹⁷

El GATT es aplicable al comercio de bienes. Las restricciones comerciales a los productos aplicadas con fines ambientales o para proteger la salud humana quedan sujetas a los límites por este acuerdo establecidos.¹⁸ Por su parte, el Acuerdo MSF es aplicable a las medidas sanitarias y fitosanitarias que los miembros adoptan para proteger la salud humana o animal o para preservar los vegetales dentro de su jurisdicción.¹⁹ Como observan algunos autores, los instrumentos legislativos en materia de riesgos para la salud humana y el medio ambiente derivados de los OVM de los países desarrollados normalmente adoptan la forma de medidas sanitarias o fitosanitarias.²⁰ Por último, el Acuerdo sobre OTC es aplicable a los reglamentos técnicos obligatorios y a los estándares voluntarios que regulen los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios.²¹ El medio ambiente y la salud humana son reconocidos por el Acuerdo OTC como objetivos legítimos de los reglamentos técnicos. Es difícil establecer con precisión las relaciones entre las disposiciones de estos acuerdos. En algunos casos, todos serán aplicables, en otros, sólo uno o dos, todo dependerá de cómo se caracterice la medida.²²

¹⁷ Stewart, T. P. y Johanson, D. S., "A Nexus of Trade and the Environment: The Relationship between the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement of the World Trade Organization", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 14, 2003, p. 4. Argumentando que la mayor parte de los productos biotecnológicos serán materia analizable en el Acuerdo MSF véase D. Winickoff, *et al.*, "Adjudicating The GM Food Wars: Science, Risk, And Democracy In World Trade Law", *Yale Journal of International Law*, vol. 30, invierno 2005, p. 90. Argumentando que las medidas adoptadas en virtud del Protocolo de Cartagena pertenecen al ámbito material del Acuerdo OTC véase Ostrovsky, A. A., "The European Commission's Regulations for Genetically Modified Organisms and the Current WTO Dispute- Human Health or Environmental Measures?: Why the Deliberate Release is More Appropriately Adjudicated in the WTO under the TBT Agreement", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 15, primavera 2004, p. 233.

¹⁸ Véanse los artículos I-III y XI del GATT.

¹⁹ Párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre MSF.

²⁰ Howse, R. y Mavroidis, P. C., "Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs – The Issue of Consistency with WTO Law: of Kine and Brine", *Fordham International Law Journal*, vol. 24, noviembre-diciembre 2000, p. 321.

²¹ Artículo 1, párrafo 3 del Acuerdo OTC.

²² Las disposiciones del Acuerdo OTC no son aplicables a las medidas comprendidas en el Acuerdo MSF. Esto podría llevar a concluir que la aplicación simultánea de estos

Algunos autores han teorizado sobre la aplicación de las normas consuetudinarias de derecho internacional público para solucionar los posibles conflictos normativos entre los distintos acuerdos de la OMC, es decir, aquellos casos en que las obligaciones comerciales derivadas de dos o más acuerdos no pueden ser cumplidas por un mismo Estado de forma simultánea.²³ Sin embargo, estas normas no tienen aplicación en el caso específico que nos ocupa.²⁴ El derecho internacional general en materia de conflictos normativos sólo es aplicable si los tratados no prevén una solución.²⁵ El Acuerdo por el que se establece la OMC dispone que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT de 1994 y una de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1, como el Acuerdo sobre MSF y sobre OTC, prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro acuerdo.²⁶ Más aún, en el contexto de la relación entre el GATT, el

dos acuerdos no es posible. Sin embargo, algunas medidas a pesar de contener algunos aspectos analizables con base en el Acuerdo MSF pueden contener reglamentos técnicos que escapen el ámbito de aplicación de este acuerdo y, por lo tanto, podría ser aplicable el Acuerdo OTC. Véase G. Marceau y J. P. Trachtman, "The Technical Barriers to Trade Agreement; the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods", *Journal of World Trade*, vol. 36, núm. 5, 2002, p. 877; Bernasconi-Osterwalder, N., "The Cartagena Protocol on Biosafety ...", *cit.*, nota 3, p. 704.

²³ Normalmente se toman en cuenta los principios de inviolabilidad de las normas de *ius cogens*; el de *lex posteriori*, que establece que el tratado más reciente debe ser aplicado y, el de *lex specialis*, que dispone que el tratado más específico deroga a uno más general. Véase el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –en lo sucesivo CVDT– (BOE, 13 de junio de 1980, núm. 142). Sobre los principios de derecho internacional público aplicables en caso de conflictos normativos véase O. Casanovas, "Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, 1998, p. 103.

²⁴ Por un lado, el principio de inviolabilidad de *ius cogens* no tiene aplicación ya que todos los acuerdos de la OMC tienen la misma fuerza vinculante y ninguno codifica normas de *ius cogens*. Tampoco tiene aplicación el principio de *lex posteriori* ya que todos los acuerdos de la OMC fueron adoptados al mismo tiempo. En cuanto al principio de *lex specialis*, además de no ser un principio codificado en la CVDT, no ha sido aún aceptado (aunque tampoco rechazado) por los grupos especiales o el órgano de apelación de la OMC. R. Howse y P. C. Mavroidis, "Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs...", *op. cit.*, pp. 322-323.

²⁵ *Cfr.* Artículo 30 de la CVDT.

²⁶ Véase la nota interpretativa general al Anexo 1 A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1o. de enero de 1995 (BOE, 24 de enero de 1995, núm. 20).

OTC y el MSF un conflicto normativo en sentido estricto es muy poco probable que se presente. Como observan Marceau y Trachtman, es difícil imaginar circunstancias en donde uno de estos acuerdos requiera lo que otro acuerdo prohíbe.²⁷ En cualquier caso, en diversas ocasiones los grupos especiales y el órgano de apelación de la OMC han manifestado que las obligaciones de los distintos acuerdos comerciales son acumulativas y deben de ser cumplidas por los miembros simultáneamente.²⁸ Esto en otras palabras quiere decir que, en principio, si una medida o diversos aspectos de ella pueden quedar comprendidos en el ámbito material de los tres acuerdos, todos serán aplicables. No obstante, en la práctica, el principio de economía procesal puede llevar al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC a dejar de examinar un acuerdo que en principio es aplicable.

Por último, conviene mencionar que el Protocolo de Cartagena contiene una ambigua cláusula de conflicto que reconoce que sus disposiciones no podrán interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor. Asimismo, dispone que el párrafo anterior no tiene por objeto subordinar el Protocolo a otros acuerdos internacionales. La historia legislativa indica que al hacer referencia a “otros acuerdos internacionales” los negociadores del Protocolo tenían en mente a las normas de la OMC. La ambigüedad de esta cláusula de conflicto es tal que no permite saber a ciencia cierta cuál es la relación del Protocolo frente a otros acuerdos internacionales en vigor. Para algunos, la cláusula hace primar a las normas de la OMC sobre el Protocolo, para otros, es el Protocolo el que prima sobre las normas de la OMC.

²⁷ Marceau, G. y Trachtman, J. P., “The Technical Barriers to Trade Agreement...”, *cit.*, nota 22, p. 869.

²⁸ Informe del órgano de apelación en el asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*. OMC. Doc. WT/DS31/AB/R de 30 de junio de 1997, párrafo 449; informe del grupo especial en el caso *Indonesia - Medidas que afectan la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54, 55, 59, 64/R, del 23 de julio de 1998, párrafo 221; informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*, OMC. Doc. WT/DS202/AB/R del 16 de febrero de 2002, párrafo 866. En este contexto, se ha considerado necesario aplicar el principio de interpretación efectiva, en donde la exégesis de una disposición en un acuerdo no reste sentido a una disposición de otro acuerdo.

1. *Los movimientos transfronterizos de OVM en el GATT*

A. *Los movimientos transfronterizos de OVM y las reglas generales del GATT*

Si un país miembro de la OMC, por ejemplo, niega a otro país miembro el consentimiento para introducir en su territorio semillas de maíz modificadas genéticamente viola el artículo XI del GATT, que prohíbe las restricciones cuantitativas.²⁹ Por otro lado, si no consiente la importación de maíz modificado genéticamente de un país miembro de la OMC, pero permite la comercialización de semillas de maíz no modificadas producidas nacionalmente, en caso de que ambas semillas sean consideradas “similares o directamente competidores”, se violaría el principio del trato nacional del artículo III; y si se consiente la importación de semillas no modificadas de otro miembro se violaría el principio de la nación más favorecida del artículo I del GATT.³⁰ Si existe evidencia científica de que las semillas de maíz modificadas genéticamente dañan la salud de las personas, los animales o las plantas es posible que lleguen a ser consideradas productos no similares a las semillas no modificadas, lo que eliminaría la violación a los artículos I y III, según el caso.³¹ Sin embargo, no está claro que se llegue a la misma conclusión si los riesgos no están probados.³² Ya hemos mencionado que el Protocolo de Cartagena permite a las partes adoptar decisiones en relación con la importación de OVM para proteger la salud o el medio ambiente aunque no exista certeza científica o falte información sobre los posibles riesgos.³³ En los ar-

²⁹ Cfr. artículo XI del GATT.

³⁰ Cfr. artículos I y III del GATT.

³¹ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R, del 12 de marzo de 2001, párrafos 101-102.

³² Covelli, N. y Hohots, V., “The Health Regulation of Biotech Foods under the WTO Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 6, diciembre de 2003, p. 790. Es importante decir que en informe reciente, un grupo especial no examinó si los productos biotecnológicos, en el caso concreto, eran “similares” a sus homólogos convencionales. De este modo, aún existen algunas dudas de cómo se procederá cuando sea necesario examinar la similitud de dos productos, uno modificado y otros que no lo está. Informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos...*, *cit.*, nota 8, pág. 1252, párrafo 8.3.

³³ Párrafo 6 del artículo 10 del Protocolo de Cartagena.

títulos I o III del GATT no hay nada equiparable a una autorización para discriminar en términos preventivos.

B. *Los movimientos transfronterizos de OVM y las excepciones ambientales del artículo XX del GATT*

Una medida que sea contraria a los artículos I, III y XI, como hemos tenido oportunidad de ver en capítulos anteriores, requiere justificarse en alguna de las excepciones ambientales del artículo XX del GATT para poder ser mantenida válidamente. Al ocuparse de las medidas necesarias para proteger la salud y vida de las personas y animales y para preservar los vegetales el inciso *b* del artículo XX es el que sería aplicable.³⁴ Esta disposición es desarrollada por el Acuerdo MSF aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar al comercio internacional.³⁵ De hecho, si una medida sanitaria o fitosanitaria es considerada compatible con el Acuerdo sobre MSF se presume que también lo es con el inciso *b* del artículo XX del GATT.³⁶ Los grupos especiales y el órgano de apelación en dos asuntos en los que resultaban aplicables ambos acuerdos, por economía procesal, decidieron examinar la medida en primer lugar con base en el Acuerdo sobre MSF.³⁷ Dos argumentos apoyan este proceder. Por un lado, si se analiza primero la medida con base en el

³⁴ *Cfr.* Inciso *b* del artículo XX del GATT.

³⁵ Párrafo 1 del artículo 1o. del Acuerdo MSF.

³⁶ Artículo 2.4 del Acuerdo MSF. Es importante observar el inciso *b* del artículo XX del GATT y el Acuerdo sobre MSF pueden ser aplicados de forma independiente. En otras palabras, no es necesario que se produzca una violación a las normas del GATT para que el Acuerdo sobre MSF sea aplicable. Adicionalmente, los grupos especiales han dicho que el enfoque del inciso *b* del artículo XX, al proveer una excepción general a las infracciones del GATT no limitadas meramente a las medidas sanitarias o fitosanitarias, difiere sustancialmente al enfoque adoptado por el Acuerdo sobre MSF que establece obligaciones específicas que un miembro debe cumplir al aplicar sus medidas sanitarias y fitosanitarias. Véase el informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, OMC Doc. WT/DS26/R/USA, del 18 de agosto de 1997, párrafos 8.38 y 8.39.

³⁷ Informe del grupo especial en el caso *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, OMC Doc. WT/DS18/R Corr. 1, del 13 de julio de 1998, párrafo 8.39; informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *supra*, nota 36, párrafo 8.42.

Acuerdo MSF y no se determina que exista violación de sus disposiciones, la presunción de compatibilidad evitaría un nuevo análisis con base en el GATT. Más aún, si la medida es declarada incompatible con el Acuerdo sobre MSF ya no sería necesario analizar nuevamente si es compatible con el GATT, puesto que la ilegalidad relativa al Acuerdo MSF no sería eliminada. Ninguna norma del GATT establece que si una medida es compatible con sus disposiciones también es compatible con el Acuerdo MSF. Por otro lado, si se analizara en primer lugar la medida con base en el GATT, en caso de ser considerada compatible, se tendría que analizar también si es compatible con el Acuerdo sobre MSF.

2. La compatibilidad con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

El ámbito de aplicación del Acuerdo MSF cubre una amplia gama de medidas, pero dos elementos limitan su campo de aplicación: 1) las medidas deben de estar dirigidas a proteger la salud de las personas o animales o a preservar los vegetales dentro de su territorio; 2) su aplicación se limita, en el caso de la salud humana, a las amenazas de los aditivos, contaminantes, toxinas, u otros organismos en los alimentos y en las bebidas causantes de enfermedades; en el caso de los animales y las plantas, a las enfermedades, plagas y otros organismos dañinos que puedan entrar, establecerse o propagarse en el país importador.³⁸ El Acuerdo MSF no cita expresamente a los riesgos derivados de los OVM, sin embargo, sus disposiciones son aplicables si éstos pueden contaminar los alimentos o pueden facilitar la propagación de plagas o enfermedades.³⁹ Si una medida cae dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF deberá apoyarse en estándares internacionales cuando existan, es decir, en normas, directrices o recomendaciones internacionales.⁴⁰

³⁸ Véase el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF. Para un estudio de la forma en que ha sido interpretado el Acuerdo MSF por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC véase Pauwelyn, J., "The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes: EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals, *Journal of International Economic Law*, vol. 2, núm.4, 1999, pp. 641-664.

³⁹ Informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos...*, cit., nota 8, pág. 1253.

⁴⁰ Párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF.

A. *Los estándares internacionales
y el Protocolo de Cartagena*

Las medidas que estén *en conformidad con* los estándares internacionales se consideran compatibles con el Acuerdo MSF y con el inciso *b* del artículo XX del GATT.⁴¹ Que una medida esté en conformidad significa que incorpora la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna.⁴² Solamente se reconocen como organizaciones internacionales cuyos estándares pueden ser aplicados en el marco del Acuerdo MSF los elaborados por la Comisión del *Codex Alimentarius*, la Oficina Internacional de Epizootias y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria.⁴³ En las cuestiones no abarcadas por las organizaciones mencionadas los estándares serán los promulgados por otras organizaciones internacionales abiertas a todos los miembros de la OMC, que sean identificadas por el Comité.⁴⁴ Algunos autores sostienen que el Protocolo de Cartagena es el candidato más obvio para ser considerado estándar internacional en materia de movimientos transfronterizos de OVM.⁴⁵ No obstante, aunque el Protocolo de Cartagena está abierto a la firma de todos los miembros de la OMC, no es una organización internacional, es un tratado internacional. Adicionalmente, aun si se considerara a la conferencia de las partes del Protocolo de Cartagena como una organización internacional para los efectos del Acuerdo MSF⁴⁶ sus estándares sólo podrían ser aplicados en

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 1 del artículo 3o.

⁴² Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 170.

⁴³ Anexo A del Acuerdo MSF.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Ostrovsky, A. A., “The European Commission’s Regulations for Genetically Modified ...”, *cit.*, nota 17, p. 233.

⁴⁶ En la Conferencia de la Partes en el Protocolo de Cartagena sólo pueden participar los países vinculados por el acuerdo. Por otro lado, sólo pueden ser parte en el Protocolo aquellos países parte en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que está abierto a la firma de todos los Estados, incluidos por supuesto todos los miembros de la OMC. Algunos autores sostienen que, al existir la posibilidad para que cualquier miembro de la OMC llegue a participar en la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Cartagena, cabe la posibilidad de que llegue a ser considerada una organización internacional en el sentido requerido por el Acuerdo MSF. Scott, J., “International Trade and Environmental

caso de que las otras tres organizaciones no tengan estándares establecidos y, algunas de ellas, ya elaboran estándares sobre OVM.⁴⁷ Por último, hasta el momento el Protocolo de Cartagena no ha sido reconocido como un estándar internacional en la OMC.⁴⁸

Por otro lado, los miembros también pueden optar por establecer una medida que esté *basada en* los estándares internacionales; es decir, adoptar algunos de los elementos, aunque no sean todos, de la norma internacional.⁴⁹ Más aún, un miembro puede apartarse totalmente de los estándares internacionales cuando busque un nivel de protección más elevado que el que podría lograrse con su aplicación.⁵⁰ No obstante, las medidas que no estén en conformidad con los estándares internacionales no gozan de la presunción de compatibilidad con otras disposiciones del Acuerdo MSF o del inciso *b* del artículo XX del GATT.⁵¹ Esto quiere decir que se les exige el cumplimiento de ciertas condiciones, entre otras, que las medidas cumplan con la “prueba de necesidad” y se adopten con base en principios científicos.

Governance: Relating Rules (and Standards) In the EU and The WTO, *European Journal of International Law*, vol. 15, abril 2004, p. 330, nota al pie 89.

⁴⁷ En el contexto de la Comisión del *Codex Alimentarius* se han elaborado los siguientes: *a*) proyecto de directrices para la realización de la evaluación de la inocuidad de los alimentos producidos utilizando microorganismos de ADN recombinante. CAC/GL 46-2003; *b*) proyecto de directrices para la realización de la evaluación de la inocuidad de los alimentos obtenidos de plantas de ADN recombinante. CAC/GL 45-2003; *c*) proyecto de principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos. CAC/GL 44-2003.

⁴⁸ Compton, M. M., “Applying World Trade Organization Rules to the Labelling of Genetically Modified Foods”, *Pace International Law Review*, vol. 15, otoño 2003, p. 391. Ahora bien, cabe la posibilidad de que los estándares adoptados por las organizaciones internacionales reconocidas por el Acuerdo MSF guarden similitud con las exigencias del Protocolo de Cartagena. Si es así, una medida adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena podría considerarse basada en o de conformidad con los estándares internacionales derivados de otras organizaciones internacionales.

⁴⁹ Párrafo 1 del artículo 3o. del Acuerdo MSF.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 3 del artículo 3o.

⁵¹ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 171.

B. *La prueba de necesidad y los principios científicos como base para las medidas sanitarias y fitosanitarias*

Los miembros tienen la obligación de asegurarse de que las medidas adoptadas en este campo se apliquen en cuanto sean *necesarias* para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Este tipo de medidas deberán estar basadas en principios científicos y no podrán mantenerse sin testimonios científicos suficientes.⁵² Esta versión de la “prueba de necesidad” tiene íntima relación con otra disposición del acuerdo que exige que las 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.⁵³ En ambos casos para que se produzca una violación debe haber disponible otra medida menos restrictiva para el comercio que no se aplicó y que sirve para alcanzar el nivel de protección elegido por el miembro. En este contexto los miembros están obligados a identificar el nivel de protección elegido; es decir, el nivel de riesgo que están dispuestos a aceptar.⁵⁴ En caso de que surja una diferencia el país demandante debe demostrar que una medida alternativa existe⁵⁵ y

⁵² Párrafo 2 del artículo 2o. del Acuerdo MSF. El órgano de apelación ha dicho que la prohibición de mantener una MSF sin testimonios científicos suficientes exige que exista una relación racional u objetiva entre la MSF y los testimonios científicos. La determinación de la existencia de una relación racional entre una MSF y los testimonios científicos se efectuará caso por caso y dependerá de las circunstancias específicas del mismo, especialmente de las características de la medida objeto de litigio y de la calidad y cantidad de los testimonios científicos. Informe del órgano de apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*. OMC Doc. WT/DS76/AB/R del 22 de febrero de 1999.

⁵³ Párrafo 6 del artículo 5o. del Acuerdo MSF. Esta disposición tiene una nota al pie que textualmente dispone: “A los efectos del párrafo 6 del artículo 5o., 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”.

⁵⁴ Informe del órgano de apelación en el asunto *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*. OMC. Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998, párrafos 204 y 205. El nivel de protección es una prerrogativa de los miembros. Es válido, por lo tanto, que un miembro decida que el nivel de riesgo que está dispuesto a aceptar sea cero.

⁵⁵ Informe del órgano de apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas...*, *cit.*, nota 52, párrafos 126-130.

el OSD, al considerarla, analizará si permite lograr el nivel de protección elegido.⁵⁶

El nivel de riesgo para la biodiversidad y la salud derivado de los movimientos transfronterizos de OVM que los países vinculados al Protocolo de Cartagena deciden aceptar es cero, pues ningún movimiento que no sea seguro para la biodiversidad, tomando en cuenta los riesgos para la salud humana, es aceptado.⁵⁷ Conforme al PAFP, la denegación del consentimiento de importación de OVM debe ser precedida por una evaluación del riesgo. Adicionalmente, el PAFP sólo es aplicable al primer intento de movimiento de los OVM, limitando mayores impactos comerciales.⁵⁸ Así, en términos generales, el PAFP no sólo no parece limitar el comercio más de lo necesario para alcanzar los niveles de protección elegidos, sino que, además, parece cumplir con la exigencia de que la medida este basada en principios científicos.

Ahora bien, el Protocolo de Cartagena permite a las partes adoptar decisiones en relación con la importación de OVM aunque no exista certeza científica o falte información sobre los posibles riesgos.⁵⁹ El Acuerdo MSF establece una excepción específica para las medidas adoptadas con carácter preventivo. Antes de entrar analizar esta excepción conviene examinar la obligación de realizar una evaluación del riesgo, ya que es exigible también para las medidas de carácter preventivo.

C. *El cumplimiento de la evaluación del riesgo*

El Acuerdo MSF exige que sus miembros basen las medidas adoptadas en este campo en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de

⁵⁶ *Ibidem*, párrafos 197-200.

⁵⁷ El artículo 1o. del Protocolo de Cartagena establece que su objetivo es un nivel *adecuado* de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización *seguras* de los OVM que puedan tener efectos adversos sobre la biodiversidad tomando en cuenta los riesgos para la salud humana. Aunque la referencia a un nivel de protección *adecuado* es demasiado vaga, la referencia posterior la seguridad en la transferencia manipulación y uso de los OVM indican, sin lugar a dudas, que todas aquellas transferencias que no sean seguras, es decir, que implican un riesgo, no son aceptables para los efectos del Protocolo.

⁵⁸ Rivera-Torres, O., "The Biosafety Protocol and the WTO ...", *cit.*, nota 3, p. 310.

⁵⁹ Párrafo 6 del artículo 10 del Protocolo de Cartagena.

los vegetales.⁶⁰ Si se trata de riesgos relacionados con los alimentos, en su evaluación, el miembro debe identificar los potenciales efectos adversos en la salud humana o animal; si se trata de riesgos relacionados con las plagas o enfermedades, evaluar la probabilidad de entrada, establecimiento o propagación y sus potenciales consecuencias biológicas y económicas.⁶¹ Una medida puede considerarse basada en una evaluación del riesgo si incorpora algunos elementos de esta evaluación, no es necesario que exista una conformidad absoluta entre la medida y la evaluación.⁶²

En el contexto del PCFP la parte importadora decidirá basándose en una evaluación del riesgo ambiental si permite o no la introducción en su territorio de OVM.⁶³ El Anexo III desarrolla una serie de principios generales y líneas directrices que se habrán de seguir para la evaluación del riesgo con un enfoque centrado en la ciencia.⁶⁴ Por lo tanto, si se niega el consentimiento para la introducción de un OVM porque la evaluación identifica un riesgo específico y establece la probabilidad de que éste produzca efectos adversos en la biodiversidad o la salud humana, la medida sería compatible con esta condición del Acuerdo sobre MSF.⁶⁵

⁶⁰ Párrafo 1 del artículo 5o. del Acuerdo sobre MSF. La ciencia no puede establecer de forma absoluta que un determinado objeto no causará riesgos en ninguna circunstancia. Por lo tanto, es posible decir que todo implica un riesgo. Para el órgano de apelación esta incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar. Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne...*, cit., nota 36, párrafo 186. Los riesgos a los que hace referencia el artículo 5.1 requieren algún tipo de investigación empírica que indique que es probable que un riesgo determinado se materialice.

⁶¹ La evaluación de los riesgos cuando se trata de proteger la salud de las personas o animales parece distinto —no tan rígido— que la evaluación de los riesgos que pueden afectar a los vegetales. Informe del órgano de apelación en el asunto *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, OMC Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998, párr 140. Véase también el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.

⁶² Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, cit., nota 36, párrafo 163.

⁶³ Párrafo 1 del artículo 7o. del Protocolo de Cartagena en relación con los artículos 5o., 6o., 8o. al 10 y 12.

⁶⁴ Véase el anexo III del Protocolo de Cartagena.

⁶⁵ El órgano de apelación en el caso de las hormonas dejó claro que “basada en” no debe entenderse como conformidad absoluta respecto a la evaluación del riesgo. Un cierto margen discrecional a favor de los miembros para establecer sus legislaciones debe reconocerse. Citan el siguiente pasaje: una medida basada en esa misma norma puede no conformarse con ella, como cuando solamente algunos elementos, y no todos, de la norma

Ahora bien, algunos expertos sostienen que, en el marco del Protocolo de Cartagena, la adopción de medidas preventivas es procedente no sólo cuando el estado de la ciencia ocasiona que las evaluaciones de los riesgos no produzcan resultados concluyentes, sino también cuando la falta de información científica no permite llevar a cabo una evaluación del riesgo.⁶⁶ La posibilidad de adoptar medidas preventivas en el contexto del Acuerdo MSF no exime a los miembros de la obligación de realizar una evaluación del riesgo. Así, cualquier medida adoptada en este campo, incluidas las que tengan carácter preventivo, si no se adoptan con base en una evaluación del riesgo, violaran el Acuerdo MSF.

D. *El principio de precaución*

Cuando la evidencia científica es insuficiente, el artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF permite la adopción de medidas provisionales (preventivas) sobre la base de la información pertinente de que se disponga. La “evidencia científica” será “insuficiente” si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación *adecuada* de los riesgos.⁶⁷ En decisiones del

están incorporados en la medida. Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 163. Por otra parte, no es necesario que la mayor parte de la comunidad científica comparta la idea sobre el riesgo identificado y la probabilidad de que ocurra, evaluaciones del riesgo basadas en opiniones minoritarias podrían ser suficientes para cumplir esta condición. Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 194.

⁶⁶ Varios Autores, *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol...*, *cit.*, nota 5, p. 83.

⁶⁷ La aplicación de medidas preventivas en este marco no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino más bien por la insuficiencia de testimonios científicos. Informe del órgano de apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*. OMC Doc. WT/DS245/AB/R, 26 de noviembre de 2003, párrafo 184. Algunos autores sostienen que no siempre la ciencia puede resolver cuestiones sobre la evaluación del riesgo. Consideran que la valoración del riesgo debe considerar en algunos casos la opinión pública, particularmente cuando se analizan riesgos sobre aspectos novedosos como los OVM. Winickoff, D. *et al.*, “Adjudicating The GM Food Wars: Science, Risk, And Democracy In World Trade Law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 30, invierno 2005, p. 94. Esta no es una opinión que encuentre eco en la práctica contenciosa de la OMC, por el contrario, al parecer las medidas adoptadas en el contexto del artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF no pueden adoptarse atendiendo a cuestiones éticas o de opinión popular.

OSD se ha observado que el párrafo 7 del artículo 5 refleja el principio de precaución del derecho internacional.⁶⁸ Esta disposición es una excepción al párrafo 2 del artículo 2o. que exige, además de la “prueba de necesidad”, que las medidas adoptadas en este campo se basen los principios científicos y no sean mantenidas sin testimonios científicos suficientes. En opinión del órgano de apelación el principio de precaución no es una excepción para las obligaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 que exigen llevar a cabo una evaluación del riesgo.⁶⁹ Así, cuando no exista información suficiente para realizar la evaluación del riesgo las medidas preventivas adoptadas en virtud del Protocolo de Cartagena no podrán justificarse en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF.⁷⁰

Otro aspecto que podría generar algunos conflictos es que en el Acuerdo MSF las medidas preventivas tienen carácter provisional al estar condicionadas, por un lado, a que los miembros busquen más información que les permita realizar una evaluación objetiva del riesgo y, por otro lado, a que se evalúe la medida en un plazo razonable.⁷¹ El Protocolo de Cartagena no impone una limitación temporal para la aplicación de las medidas preventivas ni obliga a los Estados parte a buscar más información o a

⁶⁸ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, cit., nota 36, párrafo 124; Informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos...*, cit., nota 8, pág. 392, párrafo 7.87. El principio de precaución dispone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. Véase el principio 15 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992 (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). Véase también Jiménez de Parga, P., *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, La Ley, 2001; Freestone, D. y Hey, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law [The Challenge of Implementation]*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 125.

⁷⁰ Schoenbaum, T. J., *op. cit.*, nota 3, p. 33.

⁷¹ En opinión del órgano de apelación, lo que se entiende por *plazo razonable* es preciso determinarlo caso por caso y está en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen y las características de las MSF provisional. Informe del órgano de apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas ...*, cit., nota 52, párrafo 93.

revisar la medida dentro de un plazo razonable.⁷² Por lo tanto, las medidas preventivas adoptadas en el marco del Protocolo de Cartagena, incluso si están basadas en una evaluación del riesgo —aunque éste por la falta de información no arroje resultados concluyentes—, podrían no encontrar justificación en el artículo 5.7 si no van acompañadas de esfuerzos por conseguir más información que permita realizar una evaluación más objetiva del riesgo o no se revisa dentro de un plazo razonable.⁷³

Aunque el órgano de apelación ha observado, de forma muy general, que el principio de precaución en parte también se ve reflejado en el párrafo 3 del artículo 3o. que permite a los miembros elegir un nivel de protección más elevado que el de los estándares internacionales, no está claro si el párrafo 7 del artículo 5o. es una excepción para otras disposiciones distintas del párrafo 2 del artículo 2o., por ejemplo, la del artículo 5.5 que exige coherencia y prohíbe la discriminación arbitraria e injustificada y las restricciones encubiertas al comercio internacional.⁷⁴

E. *La exigencia de la coherencia, la proscripción de la discriminación arbitraria o injustificable y de las restricciones encubiertas al comercio internacional*

Con el objeto de lograr coherencia en los niveles de protección sanitaria o fitosanitaria, los miembros deben evitar las distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que consideren adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.⁷⁵ Se considerará

⁷² No obstante, el Protocolo permite —no obliga— que una decisión sobre la importación de OVM puede ser revisada sobre la base de nueva información, aunque no ordena la búsqueda de nueva información a los miembros.

⁷³ Bernasconi-Osterwalder, N., “The Cartagena Protocol on Biosafety...”, *cit.*, nota 3, p. 707.

⁷⁴ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 124; Charnovitz, S., “The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules ...”, *op. cit.*, p. 290.

⁷⁵ Párrafo 5 del artículo 5o. del Acuerdo MSF. Es importante decir que esta norma debe leerse en el contexto del párrafo 3 del artículo 2o. del Acuerdo MSF que prescribe lo siguiente: “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

que una medida incumple con la exigencia de coherencia si: *a)* un miembro ha adoptado distintos niveles de protección en “diferentes situaciones” —diferentes niveles de protección frente a productos que representan un riesgo similar—⁷⁶, *b)* que los niveles de protección demuestren diferencias que son “arbitrarias o injustificables”, y *c)* que la medida que comprenda esas diferencias tenga por resultado una “discriminación o restricción encubierta del comercio internacional”.⁷⁷ Basta con que la medida sanitaria presente una sola de las situaciones descritas en los anteriores incisos para que sea considerada contraria a la exigencia de coherencia.

En principio, todas las medidas adoptadas en el marco del PAFP tendrán, como ya hemos mencionado, un nivel permitido de riesgo igual a cero. Por lo tanto, el nivel de protección será el mismo “para las situaciones diferentes”, es decir, para todos los movimientos transfronterizos de productos que contengan OVM. Así, al incumplirse la condición de “aplicar de distintos niveles de protección en distintas situaciones” no se produce la vulneración de la exigencia de coherencia mencionada. Ahora bien, el órgano de apelación exige que existan algunos elementos comunes entre las “distintas situaciones” para que sea posible comparar sus niveles de protección con el fin de determinar si existe o no coherencia entre las medidas. Es posible, por lo tanto, que se considere que los productos que contengan OVM tienen elementos comunes con otros productos que no contengan OVM pero que tengan los mismos usos, fines o sean percibidos por los consumidores como productos equiparables.⁷⁸ Si es así, es posible que las me-

medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional. Al leerse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2o., cabe observar que el párrafo 5 del artículo 5o. traza y detalla una vía particular que conduce al mismo destino establecido en el párrafo 3 del artículo 2o.”. Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 212.

⁷⁶ Ya que el marco general de la disposición es la coherencia, podemos decir que es necesario que existan algunos elementos comunes que permitan realizar una comparación entre las distintas situaciones y los distintos niveles de protección. Si no existe ninguna relación entre las situaciones diferentes una comparación de los niveles de protección aplicados a éstas no serviría de ningún modo para lograr la coherencia exigida por el Acuerdo MSF. Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafos 216-217.

⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 214; Informe del órgano de apelación en el asunto *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón...*, *cit.*, nota 54, párrafo 140.

⁷⁸ En una ocasión un grupo especial analizó el nivel de protección de distintas hormonas naturales aplicadas para estimular el crecimiento con otras hormonas sintéticas

didadas adoptadas en el contexto del PAFP no cumplan con la condición de coherencia. En la mayoría de los casos, los productos no modificados no son sujetos a los mismos controles que los productos con OVM, ya que no se perciben como una amenaza similar.⁷⁹ Claro está que quedaría por resolver si, a pesar de que existen distintos niveles de protección, se produce una discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional.

Algunos informes de los grupos especiales parecen indicar que si un Estado Parte en el Protocolo de Cartagena puede aportar razonamientos que den sentido al trato comercial distinto a los productos con OVM de los que no los contienen y si pueden aportar pruebas sobre los riesgos que, a diferencia de los productos sin modificaciones, presentan para la salud o animales o plantas, el trato discriminatorio no se consideraría injustificado o una restricción encubierta al comercio internacional.⁸⁰ Una vez más el problema se presenta cuando la información científica no es suficiente y el trato discriminatorio atiende a motivaciones preventivas. La determinación de legalidad dependerá de si los grupos especiales consideran que existe un temor fundado de los posibles daños que justifiquen una medida preventiva.

Ahora bien, las medidas adoptadas para lograr los objetivos del Protocolo de Cartagena pueden ir más allá de la protección de los elementos ambientales a que hace referencia el Acuerdo MSF.⁸¹ Como ya hemos

con fines similares. Véase Informe del grupo especial en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos*, OMC Doc. WT/DS26/6, de 25 de abril de 1996, párrafos 8.197 y 8.214. Véase informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 221.

⁷⁹ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 221. En el caso el órgano de apelación observa que los productos naturales no siempre son sujetos a controles estatales.

⁸⁰ Informe del grupo especial en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne...*, *cit.*, nota 36, párrafo 8.193.

⁸¹ Algunos autores llegan a sostener que el ámbito material de aplicación del Acuerdo MSF es demasiado limitado y que el Acuerdo OTC es más adecuado para analizar las medidas aplicadas para proteger la biodiversidad en el contexto de los OVM. Ostrovsky, A. A., "The European Commission's Regulations for Genetically Modified Organisms...", *cit.*, nota 17, p. 222. O. Rivera-Torres utiliza el siguiente ejemplo para esta posibilidad. Un país en virtud del PCFP del Protocolo de Cartagena niega su consentimiento para la introducción en su territorio de un tipo particular de semilla de maíz modificado genéticamente. La medida —producto de los procedimientos del Protocolo— probablemente se adopte con el objetivo anunciado de proteger a la biodiversidad. No obstante, un análisis más

mencionado, el Protocolo de Cartagena tiene por finalidad evitar los riesgos para la biodiversidad derivados del movimiento transfronterizo de OVM, tomando en cuenta los riesgos para la salud humana.⁸² El término biodiversidad incluye la diversidad entre los genes, la diversidad entre y dentro de las especies y la diversidad entre y dentro de los ecosistemas.⁸³ El concepto de ecosistema tiene que ver más con las interconexiones a todos los niveles biológicos que con los seres humanos o las variedades animales y vegetales consideradas individualmente. Así, cabe la posibilidad de que una medida adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena con la finalidad de proteger la diversidad biológica en general escape del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF.

3. *La compatibilidad con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*

El Acuerdo OTC se aplica a los reglamentos técnicos que define como documentos de cumplimiento obligatorio que establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables.⁸⁴ El órgano de apelación ha establecido tres criterios que una medida debe cumplir para calificar como reglamento técnico: *a)* el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable, aunque no se exige que este expresamente identificado; *b)* el documento debe prescribir o imponer,

profundo de las razones que llevaron a su adopción puede revelar que la evaluación del riesgo identificó que esta semilla en particular acelera el proceso por medio del cual ciertos insectos desarrollan resistencia a los insecticidas existentes. Eso a su vez podría crear un problema de plagas en el país generando un riesgo para los cultivos locales. Este tipo de medidas parecen quedar comprendidas en el Acuerdo sobre MSF al tener por objetivo anunciado la preservación de los vegetales de las plagas. Sin embargo, para que esta medida quede comprendida en el acuerdo sería necesario sustituir el objetivo anunciado por uno que quede comprendido en el Acuerdo MSF, ignorando el propósito de la medida como una de carácter ambiental y ecológico. Rivera-Torres, O., "The Biosafety Protocol and the WTO ...", *cit.*, nota 3, p. 307.

⁸² Artículo 1 del Protocolo de Cartagena.

⁸³ El artículo 2o. del Convenio sobre Diversidad Biológica dispone que por *diversidad biológica* se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

⁸⁴ Párrafo 1 del Anexo del Acuerdo OTC.

de forma afirmativa o negativa, una o más características intrínsecas o relacionadas con el producto; c) la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.⁸⁵ El Acuerdo OTC sólo tiene una limitación: sus disposiciones no son aplicables cuando un reglamento técnico sea también una medida sanitaria o fitosanitaria comprendida dentro del ámbito material de aplicación del Acuerdo MSF.⁸⁶

En principio, el PAFP puede implementarse a través de reglamentos técnicos en el sentido requerido por el Acuerdo OTC.⁸⁷ En primer lugar, en el Protocolo se identifica con precisión que los OVM son los productos regulados. En segundo lugar, se establece, aunque sea de forma negativa, que los OVM no deben contener características o propiedades que represente una amenaza para la biodiversidad, tomando en cuenta los riesgos para la salud. Por último, el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo, incluidas las relativas al PCFP, es obligatorio. Si una medida adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena logra ser calificada como reglamento técnico tendrá que cumplir con las disciplinas del Acuerdo OTC, entre las que se encuentra la del trato nacional y de la nación más favorecida.

A. El cumplimiento del principio de trato nacional y de la nación más favorecida

Incorporando la esencia de los artículos I y III del GATT, el Acuerdo OTC exige que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados de otros miembros un trato no menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares y a los productos similares originarios de cualquier país.⁸⁸ Al igual que sucede en los artículos I y III

⁸⁵ Informe del órgano de apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas*, OMC Doc. WT/DS231/AB/R, 26 de septiembre de 2002, párrafo 176.

⁸⁶ Párrafo 1 del artículo 5o. del Acuerdo OTC.

⁸⁷ Bernasconi-Osterwalder, N., “The Cartagena Protocol on Biosafety...”, *cit.*, nota 3, p. 703.

⁸⁸ Párrafo 1 del artículo 2o. del Acuerdo OTC. El órgano de apelación ha observado que, aunque el Acuerdo OTC tiene la finalidad de promover los objetivos del GATT, lo hace por medio de un régimen jurídico especial aplicable a cierto tipo de medidas. El órgano de apelación además ha observado que el Acuerdo OTC añade obligaciones a las establecidas en el GATT, aunque éstas son diferentes. Informe del órgano de apelación

del GATT, la violación de los principios de la NMF y de TN en el Acuerdo OTC se verá directamente influenciada por el juicio de similitud de los productos. Si se aplican los razonamientos utilizados en el contexto del GATT, en donde la relación de competencia entre dos productos es importante para determinar la similitud, es posible que los miembros no puedan discriminar entre los productos modificados genéticamente y lo no modificados. Adicionalmente, si llega a producirse la discriminación entre dos productos considerados similares, su justificación posterior en calidad de excepción no será posible, ya que el Acuerdo OTC no contiene una disposición de contenido equivalente al artículo XX del GATT.

Para algunos autores, el hecho de que, por un lado, el Acuerdo OTC permita a los reglamentos técnicos perseguir objetivos legítimos como la protección del medio ambiente y la salud y, por otro lado, no contenga una disposición con excepciones generales, puede llevar al OSD de la OMC ha interpretar la exigencia de similitud de forma más estricta, en donde los productos tengan que compartir más características cualidades y funciones para ser considerados “similares” que las exigidas en el contexto de los artículos I y III del GATT.⁸⁹

B. *La prohibición a los obstáculos innecesarios al comercio internacional*

El Acuerdo OTC exige a sus miembros que se aseguren de que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional y, para tal efecto, no deberán restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos

en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 31, párrafo 80. Por lo tanto, y en virtud del principio de interpretación efectiva, no sería correcto interpretar esta disposición del Acuerdo OTC como una exigencia idéntica a los artículos I y III del GATT, pues se le privaría de todo sentido. Al parecer, el preámbulo del Acuerdo OTC indica que el enfoque correcto es interpretar al artículo 2.1 —y el Acuerdo OTC en general— como regulador de la elaboración, adopción y aplicación de los reglamentos técnicos. Por lo tanto, para determinar si una medida es conforme al principio de trato nacional o de la nación más favorecida deberá examinarse únicamente la aplicación de los reglamentos técnicos, sin entrar a analizar los objetivos perseguidos. Ostrovsky, A. A., “The European Commission’s Regulations for Genetically Modified ...”, *cit.*, nota 17, p. 228.

⁸⁹ Marceau, G. y Trachtman, J. P., “The Technical Barriers to Trade Agreement...”, *cit.*, nota 22, p. 822.

que crearía no alcanzarlo.⁹⁰ Dentro de los objetivos considerados legítimos se encuentran 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.⁹¹ Aún no se ha interpretado “la prueba de necesidad” en el contexto del Acuerdo OTC, sin embargo, es probable que llegado el momento su interpretación se vea influenciada por las realizadas al inciso *b* del artículo XX del GATT que también incorpora la prueba de necesidad.⁹²

En principio, la aplicación del PCFP no parece violar esta disposición.⁹³ La denegación del consentimiento de importar OVM, por lo general, se realiza con base en una evaluación de los posibles riesgos ambientales y en la salud con base en una metodología científica. A los OVM que no presentan riesgos no se les niega el consentimiento de importación, eliminando así las posibles restricciones al comercio que no guardan relación con el fin perseguido. Por lo tanto, este tipo de medidas no parece ser desproporcionada a sus fines.

Ahora bien, más difícil es determinar la compatibilidad con el Acuerdo OTC de aquellos casos en que por falta de información o conocimien-

⁹⁰ Párrafo 2 del artículo 2o. del Acuerdo OTC.

⁹¹ *Idem.* Una de las principales diferencias entre la “prueba de necesidad” del Acuerdo OTC y la del inciso *b* del artículo XX del GATT tiene que ver con aspecto procedimental. Mientras en el GATT la carga de la prueba la tiene el Estado que ha aplicado la medida, en el Acuerdo OTC corresponde al país afectado por la medida demostrar que existen otras alternativas menos restrictivas para el comercio que sirven en la misma medida para lograr los mismos objetivos.

⁹² Partiendo de la base de que el Acuerdo OTC pretende favorecer el logro de los objetivos del GATT, el Perú alegó que la jurisprudencia del GATT y de la OMC respecto del término *necesarias* en los apartados b) y d) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación de la expresión “restringirán el comercio más de lo necesario” del párrafo 2 del artículo 2o. del Acuerdo OTC. Véase informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, OMC Doc. WT/DS231/R, 29 de mayo de 2002, párrafo 4.102. En el caso el grupo especial resolvió la diferencia sin necesidad de interpretar el párrafo 2 del artículo 2o. del Acuerdo OTC que incorpora la “prueba de necesidad”.

⁹³ El Protocolo de Cartagena parece incorporar a su vez una prueba de necesidad al estipular en párrafo 2 del artículo 16 que se impondrán medidas basadas en la evaluación del riesgo en la medida necesaria para evitar efectos adversos de los OVM en la biodiversidad, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana.

tos científicos suficientes un miembro prohíbe la importación OVM de forma preventiva. Al parecer, una medida adoptada para proteger el medio ambiente o la salud —objetivos legítimos reconocidos por el Acuerdo OTC— sólo requieren ser adoptados con base en la información científica disponible para ser compatibles con el Acuerdo OTC. Así, si la medida aplicada cumple con la “prueba de necesidad” y se adopta con base en la información científica disponible, aunque ésta no sea concluyente sobre los posibles riesgos, no violaría ninguna disposición del Acuerdo OTC.

C. Los estándares internacionales y el Acuerdo OTC

El Acuerdo OTC también exige que los reglamentos de los miembros estén basados en las normas internacionales, es decir, que las utilice como componente principal o principios fundamentales a los fines de dictar el reglamento, salvo en el caso de que esas normas internacionales sean un medio ineficaz para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.⁹⁴ Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que los reglamentos técnicos basados en las normas internacionales no son obstáculos innecesarios al comercio internacional.⁹⁵ El Acuerdo OTC define a las *normas* como documentos, cuya observancia no es obligatoria, aprobados por una institución reconocida, que prevé reglas directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos.⁹⁶ Para algunos autores, el hecho de que una medida comercial sea aplicada en el contexto de un AMUMA de amplia membresía es suficiente para

⁹⁴ Párrafo 4 del artículo 2o. del Acuerdo OTC. Diciendo 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 véase informe del órgano de apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas...*, *op. cit.*, párrafo 243.

⁹⁵ Párrafo 5 del artículo 2o. del Acuerdo OTC.

⁹⁶ Anexo 1, párrafo 2 del Acuerdo OTC. El Comité de Obstáculos Técnico al Comercio ha identificado una serie de criterios para el establecimiento de las normas internacionales. Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio – *Decisión del comité relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al anexo 3 del acuerdo. Anexo 4 del segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio*, OMC Doc. G/TBT/9, 13 de noviembre de 2000.

considerar que está basada en normas internacionales para los efectos del Acuerdo OTC.⁹⁷ Sin embargo, ya que las disposiciones de los AMUMA, incluido el Protocolo de Cartagena, son de observancia obligatoria para los países Parte, no quedan comprendidas dentro de la definición de normas del Acuerdo OTC.⁹⁸

Ahora bien, una vez que se ha concedido la autorización, con base en el PAFP u otro procedimiento aplicable, para el movimiento transfronterizo de OVM el Protocolo de Cartagena establece una obligación adicional: etiquetar los OVM.

II. LAS ECOETIQUETAS

El etiquetado ecológico, conocido también como ecoetiquetado, es otro método utilizado para elevar los estándares de protección ambiental. Este tipo de sistemas parte de la idea de que si los consumidores son informados de los impactos ambientales de los productos tenderán a consumir aquéllos menos contaminantes, ejerciendo, por tanto, una influencia en el mercado y en los productores que tenderán a producir bienes con menores impactos en el medio ambiente. Así, su funcionamiento consiste en dar a conocer al público cierta información relacionada con los impactos ambientales de los productos. La información proporcionada por las ecoetiquetas varía: pueden informar sobre las características físicas de un producto y sus efectos en el medio ambiente —por ejemplo el porcentaje material reciclable que contiene—, o pueden contener información sobre los efectos ambientales todo el ciclo de vida de una mercancía; es decir, elaboración, distribución, uso y eliminación final.⁹⁹ Al informar al público sobre los impactos ambientales de los productos las ecoetiquetas pueden ser un instrumento útil para promover el consumo sostenible; sin

⁹⁷ Véase Staffin, E. B., “Trade Barrier or Trade Boon? A Critical Evaluation of Environmental Labeling and its Role in the “Greening” of World Trade”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 21, 1996, p. 241; Lind, S. N., “Eco-Labels and International Trade Law: Avoiding Trade Violations while Regulating the Environment”, *International Legal Perspectives*, vol. 8, otoño 1996, pp. 113-140.

⁹⁸ Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, vol. 15, otoño 1996, p. 866.

⁹⁹ Lana, M., “World Trade Organization and Environmental Protection: Reconciling the Conflict”, *International Trade Law Journal*, vol. 9, invierno 2000, pp. 71 y 72.

embargo, también guardan un importante potencial de ser utilizadas con fines proteccionistas.¹⁰⁰

Para evitar efectos adversos en la biodiversidad, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana, el Protocolo Cartagena ordena a los Estados parte la adopción de medidas necesarias para requerir que los OVM sean manipulados, envasados y transportados en condiciones de seguridad.¹⁰¹

1. *Los requisitos de ecoetiquetado en el Protocolo de Cartagena*

Los OVM destinados a uso directo como alimento humano o animal, o para procesamiento, deberán identificar claramente que “pueden llegar a contener” organismos vivos modificados y que no están destinados para su introducción intencional en el medio, así como un punto de contacto para solicitar información adicional. Los OVM destinados a uso confinado —bajo ambientes controlados— deberán ser identificados como OVM, especificar los requisitos para su manipulación, aportar un punto de contacto para obtener información adicional, incluidos los datos personales o referencias de la institución a que se envían. Los OVM destinados a su introducción intencional en el medio ambiente del país importador, además de la información exigida a los que son destinados a uso confinado, se les exige aportar el nombre y la dirección del importador y exportador, y una declaración de que el movimiento transfronterizo cumple con las disposiciones del Protocolo.¹⁰² Aunque el Protocolo no lo

¹⁰⁰ Bartenstein, K. y Lavallée, S., “L’écotiquetage est-il un outil du protectionnisme”, *Cahiers du Droit*, vol. 44, 2003, p. 3. Los efectos de las ecoetiquetas en el sistema multilateral del comercio han sido analizados por el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC. Sin embargo, no ha realizado aportaciones para solucionar los puntos de conflicto identificados. Véase el primer informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/1 del 12 de noviembre de 1996, párr 183. Véase también Charnovitz, S., “Critical Guide to the WTO-s Report on Trade and Environment”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, primavera 1997, p. 359; Haverkamp, J., “WTO Committee on Trade and Environment”, *American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education Course of Study*, mayo 15, 1997, p. 150.

¹⁰¹ Párrafo 1 del artículo 18 del Protocolo de Cartagena.

¹⁰² *Ibidem*, incisos a, b y c del párrafo 2 del artículo 18. El Protocolo dispone que la Conferencia de las partes deberá examinar la necesidad de elaborar normas, y modalidades para ello, en relación con las prácticas de identificación, manipulación, envasado y transporte en consulta con otros órganos internacionales pertinentes.

mencione expresamente, la información que deben acompañar a los OVM constituye un sistema de ecoetiquetado. Como ya hemos mencionado, el Protocolo no contiene disposiciones que sean aplicables a los Estados no partes, sin embargo, exige que todos los movimientos transfronterizos entre Estados parte y no Parte se realice de forma compatible con sus disposiciones. Esto en la práctica podría traducirse en exigir el ecoetiquetado de los OVM comerciado con Estados no partes. Ahora bien, en virtud de que las ecoetiquetas pueden servir como un obstáculo no arancelario las normas de la OMC pueden resultar aplicables.

2. *La determinación del acuerdo aplicable*

Algunos autores sostienen que la aplicación de las ecoetiquetas debe sujetarse a las disposiciones del Acuerdo MSF.¹⁰³ Sin embargo, las ecoetiquetas tienen como objetivo principal informar a los consumidores, no proteger a la vida de las personas o animales o preservar los vegetales de enfermedades, plagas o contaminantes como se requiere para que una medida quede comprendida dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF.¹⁰⁴ En el contexto del Protocolo de Cartagena, las ecoetiquetas son exigibles cuando se ha otorgado el consentimiento de importación de un OVM y esto se hace una vez que, con base en una evaluación del riesgo, se ha determinado que no representa un riesgo para la biodiversidad y la salud de las personas.¹⁰⁵

Si la aplicación de las ecoetiquetas no se sujeta a las disposiciones del Acuerdo MSF, la aplicación de las disciplinas del GATT y/o del Acuerdo OTC podría resultar procedente. Ya que en ningún caso las ecoetiquetas limitan el comercio en términos cuantitativos el artículo XI del GATT no es aplicable, sólo los principios de trato nacional y de la nación más favorecida. Por otra parte, una violación de estos principios no podría justificarse en las excepciones ambientales del artículo XX del GATT, pues como ya hemos mencionado, las ecoetiquetas tienen como

¹⁰³ Howse, R. y Mavroidis, P.C., "Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs - The Issue of Consistency with WTO Law: Of Kine and Brine", *Fordham International Law Journal*, vol. 24, noviembre-diciembre 2000, pp. 317-370.

¹⁰⁴ Artículo 1 y Anexo A del Acuerdo MSF. Aun si se considera que algunos aspectos del PAFP podrían ser competencia del Acuerdo MSF, esto no quiere decir que las ecoetiquetas quedarán también comprendidas dentro del ámbito de aplicación de este acuerdo.

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 7.1 en relación con los artículos 5o., 6o., 8o. al 10 y 12.

objetivo informar al público, no protegen directamente la vida de las personas o animales ni están destinadas a proteger los vegetales o los recursos naturales agotables.¹⁰⁶ El Acuerdo OTC incorpora la esencia de los principios de no-discriminación del GATT (trato nacional y de la nación más favorecida), de modo que aquí nos limitaremos a examinar la forma en que estos principios podrían ser aplicados a la implementación de las ecoetiquetas en el marco del Protocolo de Cartagena.

3. Las ecoetiquetas del Protocolo de Cartagena como reglamento técnico

El Acuerdo OTC, como ya hemos mencionado, es aplicable tanto a los productos industriales como a los agropecuarios.¹⁰⁷ cubre los reglamentos técnicos obligatorios relativos a las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, entre los que se pueden incluir las prácticas de embalaje, marcado o etiquetado.¹⁰⁸ El sistema de ecoetiquetas del Protocolo de Cartagena es obligatorio para los Estados parte y además es relativo a las características, procesos y métodos de producción de los productos que son o contienen OVM. En la práctica, Estados parte que han adoptado instrumentos para implementar el sistema de ecoetiquetas del Protocolo los han dotado carácter obligatorio y, por lo tanto, podrían ser considerados reglamentos técnicos para los efectos del Acuerdo OTC.¹⁰⁹ Si es así, deberán cumplir con el principio de trato nacional y de la nación más favorecida del Acuerdo OTC.

A. Las ecoetiquetas y los principios de no discriminación del Acuerdo OTC

Es poco probable que los OVM domésticos y extranjeros se sujeten a un sistema de ecoetiquetado diferente dentro de un mismo país. Ahora

¹⁰⁶ Kennedy, K. C., "Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in the WTO: Lessons and Future Directions", *Food Drug Law Journal*, vol. 55, 2000, p. 84.

¹⁰⁷ Párrafo 3 del artículo 1o. del Acuerdo OTC.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 1 del Anexo 1.

¹⁰⁹ Compton, M. M., *op. cit.*, nota 48, p. 400; Bartenhagen, E. P., "The Intersection of Trade and Environment: An Examination of the Impact of the TBT Agreement on Eco-labeling Programs", *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 17, otoño 1997, p. 68.

bien, ya que a los productos que no contienen OVM no se les exige el ecoetiquetado, es posible que los exportadores de productos modificados que tengan los mismos usos argumenten una vulneración de los principios de trato nacional y de la nación más favorecida, según el caso. Si una diferencia llega a surgir por estos motivos, probablemente se resolverá respondiendo a la cuestión sobre la similitud o no de los productos que contienen o son OVM y los productos utilizados para los mismos fines que no son o no contienen OVM. El concepto “producto similar” no ha sido interpretado en el contexto del Acuerdo OTC, sin embargo, las interpretaciones realizadas a este término en el contexto del GATT permiten especular con la forma en que será analizado. Ya hemos mencionado que, cuando resulta aplicable el artículo III del GATT, se examina la similitud de dos productos con base en: *i*) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; *ii*) los usos finales de los productos; *iii*) los gustos y hábitos del consumidor, y *iv*) la clasificación arancelaria de los productos.¹¹⁰ Los exámenes de similitud se realizarán caso por caso y todos estos criterios deberán ser valorados en conjunto.

Los productos que contienen o son OVM y los productos no modificados parecen ser similares conforme a los incisos *ii* y *iv* y distintos conforme al inciso *iii*. Es previsible, por lo tanto, que en torno al criterio del inciso *i* se centren los esfuerzos de las partes para lograr una decisión acorde a sus intereses. Interpretando este criterio el órgano de apelación en una diferencia tomó en cuenta que los productos en cuestión tenían una composición química distinta y que uno de éstos contenía sustancias cancerígenas que podían afectar la salud humana.¹¹¹ El país demandado probablemente argumentará que los productos que contienen o son OVM son distintos en su composición química que los productos no modificados. Es muy probable que por su parte los países exportadores de OVM argumenten que los productos que contienen o son OVM tienen la mayoría de

¹¹⁰ Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*, GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párrafo 18. El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue mencionado por el Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, sino que fue incluido por grupos especiales ulteriores. Véase, por ejemplo *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*. GATT Doc. (L/6216 - 34S/94) adoptado el 10 de noviembre de 1987, párrafo 5.6.

¹¹¹ Informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto...*, *cit.*, nota 31, párrafo 101.

las características principales de los productos no modificados y, por lo tanto, son similares.¹¹² Puede resultar determinante para el juicio de similitud que el Acuerdo OTC dispone que los reglamentos técnicos deben ser definidos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más que en función de su diseño o de sus características descriptivas.¹¹³

Un aspecto que puede ser importante de cara al futuro es que la Comisión del *Codex Alimentarius* está elaborando estándares internacionales sobre ecoetiquetado de alimentos con OVM en donde una de las posibilidades, que coincide con la posición de los Estados Unidos, es que se permita el ecoetiquetado sólo si el valor nutricional, composición y uso final de los productos alimenticios modificados genéticamente difieren sustancialmente de los productos alimenticios no modificados.¹¹⁴ De ser adoptada esta posición el juicio de similitud podría resultar a favor de los intereses de los países exportadores, ya que el Acuerdo OTC exige que los reglamentos técnicos de los miembros estén basados en los estándares internacionales.¹¹⁵

Si efectivamente los productos son considerados similares sería necesario analizar si el sistema de ecoetiquetas es discriminatorio, ya que, como observa M. M. Compton, los países que buscan establecer una diferencia entre los productos modificados y no modificados, normalmente, no son productores de OVM, las ecoetiquetas podrían ser consideradas una discriminación *de facto* o una restricción encubierta al comercio internacional.¹¹⁶

¹¹² En este sentido es importante mencionar que la agencia encargada de regular la mayor parte de los OVM en los Estados Unidos, país que no es parte en el Protocolo de Cartagena y que además es uno de los exportadores más importantes de OVM, sostiene que los productos que son o contienen OVM son sustancialmente equivalentes a los productos no modificados. E. Robertson, "Finding a Compromise in the Debate Over Genetically Modified Food: An Introduction to a Model State Consumer Right to Know Act", *Boston University Journal of Science & Technology Law*, vol. 9, 2003, p. 159.

¹¹³ *Ibidem*, párrafo 8 del artículo 2o.

¹¹⁴ Véase informe de la 29ª reunión del Comité del Codex sobre etiquetado de los alimentos, Ottawa, Canadá, 1 – 4 de mayo de 2001. (ALINORM 01/22A).

¹¹⁵ Párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

¹¹⁶ M. M. Compton, *op. cit.*, nota 48, p. 406.

B. La prohibición de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional

Como ya hemos mencionado, el Acuerdo OTC exige a sus miembros que se aseguren de que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional y, para tal efecto, no deberán restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo pretendido.¹¹⁷ Si bien es verdad que el acuerdo contiene una lista de objetivos que considera legítimos, como los imperativos de seguridad nacional y la protección del medio ambiente, no se trata de una lista cerrada, de modo que otros objetivos también pueden ser considerados legítimos.¹¹⁸ El objetivo del sistema del ecoetiquetado del Protocolo de Cartagena tiene la finalidad de informar a los consumidores sobre los productos que son, contienen o no contienen OVM. Al parecer, este sistema de ecoetiquetas es el medio más adecuado y menos restrictivo para el comercio que tienen a su alcance los Estados parte en el Protocolo de Cartagena para lograr el objetivo de informar a los consumidores.

¹¹⁷ Párrafo 2 del artículo 2o. del Acuerdo OTC.

¹¹⁸ En la parte conducente el párrafo 2 del artículo 2o. del Acuerdo OTC textualmente dispone: "... los 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...". (sin cursivas en el original).