



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

PROTOCOLO DE CARTAGENA
¿UNA ALTERNATIVA EFICAZ PARA PROTEGER
LA SEGURIDAD BIOTECNOLÓGICA?

ALEJANDRA BERNAL GUZMÁN

DANIELA GALÁN LOZADA

LORENZA VILLA SOSADÍAS

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho, comunicaciones y Nuevas Tecnologías

N.º 6, Diciembre de 2011. ISSN 1909-7786

Protocolo de Cartagena

¿Una alternativa eficaz para proteger la seguridad biotecnológica?

Alejandra Bernal Guzmán

Daniela Galán Lozada

Lorenza Villa Sosadías¹

RESUMEN

El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología se desarrolló en el año 2000 como un marco normativo para garantizar la seguridad en la comercialización y manipulación de productos derivados de organismos vivos modificados biotecnológicamente, bajo la aplicación del principio de precaución. Sin embargo, a pesar de los objetivos que se pretendían alcanzar con el mismo, la vaguedad de sus postulados y su deficiencia a la hora de implementar mecanismos eficaces de solución de conflictos, ocasionaron la pérdida de fuerza instrumental del Protocolo; haciéndolo inocuo e inoperante a la hora de regular el mercado de productos biotecnológicos y manteniendo el *status quo* establecido por la OMC que rechaza la implementación del principio de precaución.

PALABRAS CLAVE: Protocolo de Cartagena, comercio internacional, productos genéticamente modificados, principio de precaución, Organización Mundial del Comercio.

ABSTRACT

The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity was developed in the year 2000 as a legal framework to guaranty the safety of the marketing, trade and manipulation of products made of living organisms modified by biotechnology, throughout the application of the precautionary principle. Nevertheless, despite of the apparently clear objectives that the international community wanted to achieve with it, the vagueness of its clauses and the deficiency of its dispute settlement mechanisms caused the lack of enforcement of the Protocol; making it innocuous and ineffective when regulating the international market of biotechnological products, and maintaining the *status quo* established by the WTO which rejects the implementation of the precautionary principle.

KEY WORDS: Cartagena Protocol, international trade, genetically modified organisms, World Trade Organisation, precautionary principle.

¹ Abogadas egresadas de la Facultad de Derecho Universidad de los Andes en el año 2011. Correos electrónicos: alebernalg@gmail.com - galan.daniela2@gmail.com - lorenzavilla@hotmail.com

SUMARIO

Introducción - I. EL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y EL PROTOCOLO DE CARTAGENA: HISTORIA, NEGOCIACIÓN Y FINALIDADES - II. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA - III. INCONVENIENTES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONSIGNADO EN EL CDB - IV. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) - A. *La OMC y sus mecanismos de resolución de controversias. Diferencias con los mecanismos dispuestos previamente* - B. *Ventajas del mecanismo de solución de controversias de la OMC* - C. *Elección probable del Órgano de Solución de Controversias de la OMC como foro en una eventual reclamación* - D. *Posición de la OMC frente a la relación entre el comercio y el medio ambiente* - E. *Ley aplicable en el caso contra la Comunidad Europea: Aplicación del SPS – Necesidad de comprobación científica* - F. *El principio de precaución en el Protocolo de Cartagena* - G. *Aplicabilidad de una norma no-OMC dentro de una disputa ante la OMC: posibilidades de una defensa mediante la implementación del Protocolo de Cartagena* - H. *Conclusiones* - Bibliografía

Introducción

La aparición de los productos genéticamente modificados en la esfera del comercio internacional, creó la necesidad de crear una regulación especial que se encargara de solucionar posibles conflictos en torno a este tipo de productos y que privilegiara, ante todo, el desarrollo de un comercio sostenible. Tal necesidad normativa surge a partir de los constantes debates desarrollados entre los países productores de dichos productos y aquellos que optan por un comercio precavido ante la utilización de artículos comerciales que pudiesen afectar el medio ambiente y la salubridad pública. Lo anterior, sumado a la deficiencia de una respuesta científica precisa respecto a la seguridad de estos productos, dio lugar a la creación de un principio que abogue por la precaución a la hora de introducir este tipo de bienes en el mercado internacional. En respuesta a este requerimiento, en el año 2000 y dentro del marco del Convenio de Diversidad Biológica (en adelante, CDB), se adoptó el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología como un intento de parte de la comunidad internacional, para dar una solución efectiva a los distintos interrogantes generados alrededor de los productos genéticamente modificados. Asimismo, mediante dicho Protocolo se buscó dar aplicación al principio de precaución e introducir la posibilidad de que los Estados pudieran rechazar la importación de transgénicos a su territorio por razones de salud pública y protección al medio ambiente.

Con el ánimo asegurar la aplicabilidad del Protocolo en el marco internacional, se previó como mecanismo de solución de controversias aquel

señalado en el artículo 5 quinto del CDB. Tal mecanismo dispone que en caso de que surja un conflicto, las Partes deberán solucionar su disputa por medio de la negociación o en su defecto los buenos oficios. De no obtener una adecuada solución por medio de dichos mecanismos, las Partes tendrán la posibilidad de acudir bien sea al arbitraje, o a la Corte Internacional de Justicia (en adelante C.I.J.).

Sin embargo, y tal como se demostrará a lo largo del presente documento, las intenciones y expectativas existentes a la hora de adoptar el Protocolo nunca superaron la órbita de lo formal. En la práctica, dicho mecanismo de solución de controversias carece de cualquier tipo de fuerza instrumental. Así, el escenario actual demuestra una deficiencia del CDB y del Protocolo de Cartagena para solucionar disputas relacionadas con el comercio de transgénicos. Tal incapacidad se contrasta de forma inevitable con un fortalecido Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) que cuenta con un amplio precedente en el manejo de este tipo de casos y que se opone firmemente a la utilización del mencionado principio de precaución.

Con el ánimo de ilustrar y desarrollar lo anteriormente expuesto, el presente trabajo se estructura de la siguiente forma. En primer lugar, se hará un recuento sobre los antecedentes históricos del CDB y el Protocolo de Cartagena, toda vez que este marco teórico permitirá ubicar al lector en lo que refiere a los fines perseguidos por estos dos instrumentos internacionales y los diferentes intereses que se encontraron en su negociación. En seguida, se pasará a estudiar el mecanismo de solución de controversias

que prevé el CDB, analizando las probabilidades reales de que una eventual disputa se tramite por este medio. En tercer lugar, se realizará un examen sobre la OMC y su Órgano de Solución de Diferencias, evaluando igualmente las probabilidades de que sea el foro elegido para someter una eventual disputa entre dos estados a la vez miembros del CDB y de la OMC. En cuarto lugar, y visto que de forma casi inequívoca la OMC será el foro elegido para entablar una reclamación, se explicará la posición que ha sostenido la OMC frente al comercio y el medio ambiente y la relevancia del principio de precaución. Por último, se estudiará de qué manera podría introducirse el Protocolo de Cartagena y por ende, el principio de precaución, dentro de una defensa en el marco de una disputa presentada ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, derivada de una limitación al comercio de transgénicos.

I. EL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y EL PROTOCOLO DE CARTAGENA: HISTORIA, NEGOCIACIÓN Y FINALIDADES

El CDB es un tratado internacional que entró en vigor el 29 de diciembre del año 1993 cuyos objetivos principales son la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de los componentes de la diversidad biológica, y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.² Como parte de estos tres lineamientos, el artículo 19.3 dispone que

[l]as Partes estudiarán la necesidad y las modalidades de un protocolo que establezca procedimientos adecuados, incluido en particular, el consentimiento fundamentado previo, en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de cualesquiera organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Esta preocupación en torno a la creación de estándares globales en términos de bioseguridad, nació inicialmente de la necesidad de los países en desarrollo de fortalecer sus sistemas regulatorios frente al comercio de organismos vivos genéticamente modificados. Países de Asia, África y América Latina para ese entonces no contaban con las capacidades científicas y regulatorias necesarias en el campo de la biotecnología y por eso sentaron su posición basada en la existencia de un apoyo tecnológico y financiero que proviniera de un acuerdo internacional en bioseguridad.³ En respuesta a lo anterior, en noviembre de 1995 en Jakarta, la segunda Conferencia de las Partes (en adelante COP) del Convenio del CDB creó un Grupo de Trabajo Especial sobre la Seguridad de la Biotecnología (en adelante BSWG, por sus siglas en inglés) para que elaborara un proyecto de protocolo enfocado en el movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna⁴.

2 Convenio sobre la Diversidad Biológica. "Acerca del Convenio" Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.cbd.int/convention/about.shtml>

3 FALKNER, Robert. "Regulating Biotech Trade: The Cartagena Protocol on Biosafety" En: International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1994-) Volumen 76, Número 2: Special Biodiversity Issue. Abril de 2001. Consultado en línea el 30 de septiembre de 2010 en: <http://www.jstor.org>

4 KOESTER, Veit. "The History Behind the Protocol on Biosafety and the History of the Cartagena Biosafety Protocol Negotiation Process" En: "Cartagena Protocol on Biosafety: From Negotiation to Implemen-

El BSWG se reunió en seis ocasiones entre 1996 y 1999, y la última reunión se llevó a cabo en febrero de 1999 en Cartagena, Colombia, donde igualmente tomaría lugar la primera reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes. En ésta, el BSWG presentó una primera versión del Protocolo pero dicho encuentro no tuvo como resultado su aprobación, debido a las diferencias entre las posiciones de los países. Al respecto no existía consenso sobre la inclusión del principio de precaución, el rol de las normas de la OMC, los organismos que serían objeto del tratado, y el ámbito de aplicación del Acuerdo Fundamental Previo.⁵

Como consecuencia de esto último, se creó el denominado “Grupo de Miami” compuesto por Estados Unidos, Argentina, Chile, Uruguay, Australia y Canadá, que representaba a los países exportadores de *commodities* (productos agrícolas básicos). Esta coalición sostenía radicalmente, además de otros puntos, que el principio de precaución no podía estar inmerso en el Protocolo, y que las normas de este último debían estar sujetas a aquellas de la OMC. Su posición se basaba en el hecho de que dichos países ostentaban más del 70%⁶ del comercio de productos genéticamente modificados en el mercado internacional y que por tanto privilegiaban la posi-

ción de la OMC respecto a la equivalencia de este tipo de productos con sus homólogos naturales para determinar su riesgo.⁷

Por su parte, el “Like-Minded Group” compuesto por la mayoría de países en desarrollo, buscaba proteger a los países que se rehusaran a importar organismos genéticamente modificados bien fuera el riesgo que representaban o por la debilidad de sus sistemas de control y monitoreo. Asimismo, defendía la introducción del principio de precaución como principio rector del protocolo, y pretendía que las normas de éste fuesen independientes, sin estar sujetas a las normas de la OMC. De la misma manera, la Unión Europea, influenciada por las organizaciones ambientales y los grupos de consumidores, apoyaba la inclusión del principio de precaución y se negaba a que el Protocolo estuviera subordinado a las normas de la OMC. Su posición tenía como fundamento los posibles daños de dichos productos a la salud humana y al medio ambiente, tales como

el riesgo potencial de transferencia genética de una planta modificada genéticamente a una que no lo esté, o que las plantas cultivadas puedan ocasionar el desarrollo de “supersemillas” que puedan acabar con las plantas no modificadas. [O el riesgo que se ocasionaría cuando] una planta genéticamente modificada (o su semilla) se ‘escape’ accidentalmente del área de cultivo, permitiendo que tales organismos se establezcan en otras áreas incluyendo bosques nativos⁸.

tation” Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.cbd.int/doc/publications/bs-brochure-02-en.pdf>

5 En el presente acápite se hará referencia sólo al principio de precaución y el rol de las normas de la OMC, pues son los que conciernen al análisis que se efectuará.

6 KOREEN, Ramessar; CAPELL, Teresa; TWYMAN, Richard M.; QUEMADA, Hector; CHRISTOU, Paul *Calling the tunes on transgenic crops: the case for regulatory harmony* Received: 2 June 2008 / Accepted: 12 August 2008. Consultado en línea el 15 de septiembre de 2010 en: <http://www.informaworld.com.biblioteca.uniandes.edu.co>

7 Ibid.

8 PEEL, Jacqueline A *GMO by Any Other Name . . . Might Be an SPS Risk!*. Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement. En: *The European Journal of In-*

Por último, el grupo de países de Europa Central y del Este, al igual que el “Compromise Group”, compuesto por Japón, México, Noruega, Singapur, Corea del Sur, Suiza y Nueva Zelanda, apoyaban ambas posiciones y buscaban llegar a acuerdos entre los demás grupos, adoptando una posición media o de conciliación.⁹

Como consecuencia de lo anterior, después de una reunión informal en Montreal en julio de 1999 y otra en Viena en septiembre del mismo año, el 29 de enero del año 2000 en Montreal, la Sesión Extraordinaria de la COP adoptó el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.¹⁰ Uno de los primeros resultados de la negociación se encuentra consagrado dentro del objeto del Tratado señalado en el primer artículo del mismo, el cual reza:

[d]e conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y

centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.”

A partir de dicho artículo se puede inferir que el Protocolo busca proteger la biodiversidad frente a los riesgos que pudiesen presentar los organismos vivos genéticamente modificados (OGM), a la luz del principio de precaución. Como se puede observar, la aplicación del principio se traduce en que, cuando producto de la introducción de un OGM haya peligro de daño grave o irreversible a la conservación o utilización sostenible de la biodiversidad o a la salud humana, no será necesario que exista certeza científica absoluta para que un país pueda tomar las precauciones pertinentes al momento de permitir la introducción de dichos productos a su territorio. Este tema se tratará a profundidad posteriormente.

Por otro lado, en cuanto a la relación entre las normas del Protocolo y las normas de la OMC, el Preámbulo del primero estipuló que “los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible”.

El concepto de “*apoyo mutuo*” entre un tratado ambiental y el régimen de comercio internacional –entendido como el que se desprende de la OMC– implica que el segundo no primará sobre el primero, es decir que se tratará de una relación horizontal y no vertical.¹¹ No obstante lo anterior, en el mencionado acápite también se consagró que el Protocolo “no podrá interpretarse en el sentido que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuer-

ternational Law Vol. 17 no.5 © EJIL 2007. Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.jstor.com>

9 NEWELL, Peter y MACKENZIE, Ruth. “*The 2000 Cartagena Protocol on Biosafety: Legal and Political Dimensions.*” En: *Global Environmental Change*. Volumen 10, Diciembre de 2000. Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.sciencedirect.com>

10 MAYR, Juan. “*Doing the Impossible: The Final Negotiations of the Cartagena Protocol.*” En: “*Cartagena Protocol on Biosafety: From Negotiation to Implementation*” Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.cbd.int/doc/publications/bs-brochure-02-en.pdf>

11 FALKNER, Robert. “*Regulating Biotech Trade: The Cartagena Protocol on Biosafety.*” Op Cit.

dos internacionales ya en vigor”. Este mandato hace referencia en particular a las normas de la OMC y fue introducido por el Grupo de Miami como una forma de asegurarse que el “apoyo mutuo” nunca se entendiera como la prevalencia del Acuerdo Ambiental sobre el régimen del comercio internacional. Sin perjuicio de esto último, el inciso final del Preámbulo introducido por el Like-Minded Group, resalta que “los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”. La mención de “los párrafos anteriores” hace referencia a los dos señalados precedentemente, a partir de lo que se concluye que si bien el término “apoyo mutuo” no significa que se puedan dejar de lado ni modificar las obligaciones provenientes de los acuerdos bajo la OMC, tampoco se entenderá que el Protocolo estará subordinado a estos últimos. En este orden de ideas, cada postulado tomado separadamente es claro y refleja los intereses de alguno de los grupos que participaron en la negociación del Protocolo, pero los tres postulados en conjunto sólo dejan sobre la mesa ambigüedad y falta de claridad respecto de su relación frente a las normas de la OMC.¹²

En este sentido, vale la pena resaltar que si bien gracias al proceso de negociación se logró llegar a un acuerdo entre las diferentes posiciones y se aprobó el texto del Protocolo, éste representa un acuerdo inconcluso entre los intereses de los exportadores e importadores de los organismos vivos genéticamente modificados. A pesar del progreso que se ha evidenciado en reconciliar el comercio de la biotecnología con la seguridad

ambiental, el Protocolo de Cartagena, así como todos los demás acuerdos ambientales multilaterales, fracasó en resolver el conflicto entre la regulación internacional ambiental y las reglas del comercio de la OMC. El nivel de interpretación que dejó el preámbulo del texto frente a la relación del Protocolo y otros acuerdos internacionales es muy amplio y esto, en últimas, impide que exista una posición clara respecto al rol de las normas del Protocolo frente a las normas de la OMC.¹³

II. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Dentro del ambicioso proyecto emprendido por los negociadores del CDB, se pretendió incluir en su articulado un mecanismo de solución de controversias, mediante el cual se pudieran llevar las disputas que surgieran de la interpretación o aplicación del Tratado. A pesar de que no se logró la creación como tal de un organismo autónomo, similar por ejemplo al existente en la OMC, se establecieron las pautas sobre el procedimiento a seguir en caso de surgir un conflicto entre las Partes del Tratado. Mediante la inclusión de este mecanismo, se buscaba que se tuviera en cuenta el principio de precaución a la hora de fallar las disputas. Así entonces, en el artículo 27 del CDB se consagró que:

1. Si se suscita una controversia entre Partes Contratantes en relación con la interpretación

12 NEWELL, Peter y MACKENZIE, Ruth. Óp. cit.

13 FALKNER, Robert. Óp. cit.

o aplicación del presente Convenio, las Partes interesadas tratarán de resolverla mediante negociación.

2. Si las Partes interesadas no pueden llegar a un acuerdo mediante negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de una tercera Parte.

3. Al ratificar, aceptar, aprobar el presente Convenio, o al adherirse a él, o en cualquier momento posterior, un Estado o una organización de integración económica regional podrá declarar, por comunicación escrita enviada al Depositario, que en el caso de una controversia no resuelta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 o en el párrafo 2 del presente artículo, acepta uno o los dos medios de solución de controversias que se indican a continuación, reconociendo su carácter obligatorio:

- a) Arbitraje de conformidad con el procedimiento establecido en la parte 1 del anexo II;
- b) Presentación de la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

4. Si en virtud de lo establecido en el párrafo 3 del presente artículo, las partes en la controversia no han aceptado el mismo procedimiento o ningún procedimiento, la controversia se someterá a conciliación de conformidad con la parte 2 del anexo II, a menos que las partes acuerden otra cosa.

5. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán respecto de cualquier protocolo, salvo que en dicho protocolo se indique otra cosa.

En primer lugar, antes de comentar en contenido sustancial la citada disposición, vale la pena detenerse sobre su último numeral, ya que es en razón de éste que se puede dar aplicabilidad

al mecanismo de solución de controversias propuesta por el CDB. Toda vez que el Protocolo no se pronuncia sobre este tema y habida cuenta de que es un instrumento desarrollado a partir del CDB, el método de solución de disputas planteado en éste último le es plenamente aplicable al primero, para cualquier situación en la que se genere un conflicto sobre su interpretación o aplicación.

De esta manera, en primera instancia el CDB plantea la posibilidad de acudir a la negociación en caso de que surja una controversia entre alguna de sus Partes, lo cual implica un método de resolución dentro del cual, mediante conciliaciones diplomáticas, se logre dar feliz término al motivo de la discordia. En general, la negociación como mecanismo pacífico de resolución de conflictos se encuentra dentro del marco de la Naciones Unidas, estando consagrado en el artículo 33 de la Carta¹⁴. En este mismo sentido, el mencionado instrumento del derecho internacional, establece que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro la paz, la justicia o la seguridad internacional. Para complementar el aspecto anterior, la Carta de las Naciones Unidas plantea que el arreglo de las controversias tendrá como base la igualdad soberana de Estados y la abstención de los miembros de la Organización de emplear la amenaza o la fuerza contra la integridad territorial de cualquier Estado. Se evidencia entonces que la consagración de la negociación como mecanismo principal de la solución de conflictos

¹⁴ Carta de las Naciones Unidas. Consultado en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0002.pdf>, Consultado el 15 de octubre de 2010.

dentro del CDB, se da en consonancia con el papel protagónico que se le ha dado a éste dentro del marco de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, el CDB plantea que una vez fallidas las negociaciones entre las Partes en conflicto, éstas pueden solicitar conjuntamente buenos oficios o la mediación de una tercera parte. Estos dos mecanismos que en la práctica pueden equipararse, encuentran sus orígenes en los artículos 2° y 3° de la Convención de la Haya de 1899 y han sido entendidos por la doctrina como la inclusión de una tercera parte, que bien puede ser un Gobierno, una Organización Internacional o una persona jurídica o natural, para que lleve a las Partes en disputa a alcanzar una solución, sin interferir de ninguna manera en la determinación de la misma. A su vez, los buenos oficios pueden clasificarse en (i) asistencia diplomática y consultas entre las partes de la disputa, (ii) acciones diplomáticas destinadas a inducir a las partes a que entablen conversaciones en un ambiente favorable, para ayudarlos en la búsqueda de un acuerdo adecuado, (iii) mediación, conciliación y coordinación y por último (iv) investigaciones, determinación de hechos y la determinación de los derechos y obligaciones legales en una situación específica¹⁵.

En tercer lugar, el artículo 27 del CDB plantea la posibilidad de que cualquier parte del tratado, mediante comunicación escrita y en todo momento a partir de su vinculación con el instrumento, acepte como obligatorio someter una controversia que no logre solucionarse median-

te negociación o buenos oficios, por uno de los siguientes dos mecanismos. Por un lado, la disputa puede someterse a arbitraje conforme las reglas que se estipulan en el anexo 1 de la parte II del CDB. Estas reglas pueden sintetizarse en la conformación de un tribunal *ad hoc* constituido por tres panelistas expertos, los cuales deben decidir sobre la controversia con base en lo dispuesto por el CDB, sus respectivos protocolos y el derecho internacional. La sentencia proferida por el tribunal de arbitramento en principio no sería susceptible de apelación, salvo que las partes hubieran previsto lo contrario. Por el otro, puede entablarse una demanda ante la CIJ, siguiendo los requisitos generales de procedibilidad consagrados en el Estatuto y el Reglamento de esta Corporación¹⁶. En este segundo escenario, se debe tener presente que la competencia de la CIJ surge en virtud de una cláusula jurisdiccional, toda vez que son los Estados partes de un tratado, en este caso el CDB, que en una de sus cláusulas prevé aceptar la jurisdicción de la Corte en caso de que surja en el futuro una controversia acerca de la interpretación o la aplicación de dicho tratado¹⁷. En cuanto al procedimiento a agotar, consiste en la formulación de una demanda dirigida a la Secretaría de la CIJ, cuyos requisitos formales en cuanto a presentación, notificaciones y demás, reposan en los artículos 38 y subsiguientes del Reglamento de la CIJ posteriormente, se da paso a una etapa escrita del procedimiento que se explica en los artículos 44 a 52 del mismo documento y

15 V. Pechota. *The quiet approach: A study of the good offices exercised by the Secretary General in the cause of peace*. UNITAR 1972. pp. 13

16 Reglamento de la CIJ, Consultado en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

17 Artículo 36 Estatuto de la CIJ, Consultado en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, el 14 de octubre de 2010.

que consiste en un intercambio de piezas procedimentales entre las Partes de la disputa. Se pasa en seguida a una etapa oral (artículos 54 a 72 del Reglamento) que se surte en audiencias, donde los Asesores y Agentes de cada parte formulan sus alegatos. Finalizada esta etapa, la Corte se reúne a puerta cerrada para deliberar, y posteriormente pronuncia la sentencia en audiencia pública, la cual es definitiva e inapelable. En este punto vale la pena resaltar que, si bien dicha providencia es inapelable, cualquier Estado que considere que la otra Parte ha dejado de cumplir un fallo de la Corte puede presentar el asunto ante el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, tal y como lo dispone el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas.

Finalmente, el CDB plantea en el artículo 27 sobre solución de controversias, la posibilidad de acudir a una conciliación regulada por el mismo Convenio, en el caso tal de que no exista acuerdo sobre el foro al cual someter la disputa, o que cada Parte hubiese decidido someterse a un foro diferente. Este modelo consiste en la conformación de una comisión compuesta por 5 conciliadores, los cuales deben tomar las decisiones frente a la disputa por mayoría de sus miembros. Por último, se establece que *“la comisión adoptará una propuesta de resolución de la controversia que las partes examinarán de buena fe¹⁸”*.

18 Anexo 2 parte 2: Conciliación, Convenio de Diversidad Biológica, Consultado en: <http://www2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/conveniones/cdb/dbconven.htm#Parte 2: Conciliación> el 14 de octubre de 2010.

III. INCONVENIENTES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONSIGNADO EN EL CDB

En la práctica, el mecanismo que se explicó en el aparte anterior, carece de un procedimiento riguroso y efectivo, así como de un componente de coerción que garantice el cumplimiento de sus decisiones. En efecto, tal y como se expondrá en seguida, el contenido del artículo 27 del CDB se limita a realizar una enumeración de alternativas de solución de conflictos no vinculantes, y cuyas decisiones no gozan de capacidad ejecutoria, lo cual lo convierte en un foro muy poco atractivo para ventilar una disputa.

Primero, es imprescindible anotar que los numerales 1° y 2° del artículo 27 del CDB no constituyen como tal una introducción novedosa, pues obedecen a los lineamientos básicos de solución de conflictos planteados por la Carta de las Naciones Unidas. En esta medida, la mayoría son métodos autocompositivos tradicionales de solución de conflictos, que únicamente replican la regla general de intentar, en una primera instancia, la solución de un conflicto internacional por vía pacífica y diplomática. Lo anterior implica una efectiva disposición de los Estados Partes de llegar a un acuerdo sin necesidad de acudir a un tercero que imponga una decisión obligatoria aplicable a los países involucrados en la controversia.

Ahora bien, en cuanto al numeral tercero que plantea la posibilidad de acudir al arbitramento o incoar el procedimiento ante la CIJ, existe una notoria dificultad derivada de la redacción

facultativa del texto y la eficacia simbólica de las sentencias de ambos tribunales. Frente al primer inconveniente, se observa que los países Parte del Tratado únicamente deben someterse a alguno de los dos foros mencionados, en caso de que mediante una comunicación expresa lo hubieran aceptado. En esta medida, la posibilidad de acudir ante una de estas jurisdicciones se encuentra limitada a que los dos Estados Parte hayan expresado claramente su voluntad encaminada a solucionar la controversia bajo este medio. A partir de esta situación se deriva el segundo inconveniente consistente en la improbabilidad de que la parte demandante decida someterse a la jurisdicción de la CIJ o de un tribunal de arbitramento, por las siguientes tres razones. La primera de ellas yace en que tanto la sentencia del tribunal de arbitramento, como aquella de la CIJ, carecen de un mecanismo de *enforcement* para ejecutar su cumplimiento, toda vez que no está previsto en el ordenamiento internacional medida coercitiva alguna, mediante la cual pueda hacerse efectivo el cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia arbitral o de la CIJ. En esta medida, resulta lógico que la eventual parte reclamante no tenga la intención de acudir ante ninguno de estos foros, pues de resultar vencedor dentro de la disputa no tendría cómo hacer efectiva una sentencia favorable. El segundo motivo por el cual se predica la improbabilidad de que la Parte reclamante se someta a la jurisdicción de la CIJ reside en la lentitud del procedimiento y la expedición de la sentencia. Como consta en estadísticas oficiales de la CIJ, un proceso ante este tribunal está tomando alrededor de 4 años¹⁹, lo cual representa un pe-

riodo de tiempo excesivamente largo para dar solución a una disputa comercial. Por último, el tercer motivo, y tal vez el más evidente de todos, es la inexistencia de un precedente con base en el cual la parte reclamante podría esperar que se fallara. Tal y como se anotará más adelante en este texto, el hecho de que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante OSD) haya fallado sobre el tema en repetidas ocasiones, lo convierte en un foro predilecto para aquel Estado parte del Protocolo de Cartagena que quisiera reclamar su derecho a comerciar con organismos genéticamente modificados.

Finalmente, resta por estudiar el mecanismo de conciliación propuesto por el CDB. Habiendo ya analizado los otros numerales, puede observarse que éste es el único que plantea una innovación, en términos de que se estaría acudiendo a un foro *sui generis* constituido a instancias del Tratado. Sin embargo, de forma idéntica que los anteriores, este mecanismo de solución de controversias no goza de fuerza instrumental, pues dentro del clausulado del anexo no se contempla la posibilidad de imponer sanciones o medidas similares, que lleven al efectivo cumplimiento de la resolución expedida por la comisión conciliadora. De hecho, la única alusión que se hace a su cumplimiento, es que las partes deben adoptarlo de buena fe, aclaración a todas luces innecesaria pues, la buena fe como principio del derecho internacional debe permear el actuar de los Estados, exista o no una disposición expresa al respecto.

19 *La Corte Internacional de Justicia: Preguntas y respuestas acerca del principal órgano judicial de las Naciones Unidas*. Publicación de las

Naciones Unidas. Consultado en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf, el 15 de octubre de 2010.

En virtud de lo expuesto, debe señalarse que en el caso de surgir una controversia entre dos Estados Parte bajo el Protocolo de Cartagena, son escasas las posibilidades de que la solución de ésta se de dentro del marco del mecanismo de solución de controversias del CDB, dadas la falta de la obligatoriedad de las Partes del Tratado para acudir a un foro en específico y la ausencia absoluta de medidas coactivas que logren el cumplimiento de una sentencia, indistintamente del tipo de tribunal que la profiera. En esta medida, y anticipando lo que se presentará en el siguiente aparte de este documento, las probabilidades más altas residen en que la parte reclamante acuda ante el OSD de la OMC, cuya posición es bastante antagónica respecto a la del Protocolo como se desarrollará a continuación.

IV. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

A. La OMC y sus mecanismos de resolución de controversias. Diferencias con los mecanismos dispuestos previamente

La Organización Mundial del Comercio fue creada al concluir las negociaciones de la Ronda de Uruguay de 1986, como respuesta a la necesidad de que el mercado tuviese una base institucional y legal que pudiera otorgar la seguridad jurídica necesaria para que éste funcionara eficientemente. Esta organización fue oficialmente establecida el 1 de enero de 1995, día en que entró en vigor el *Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio*. Al ser la OMC una organización con

personalidad jurídica, la base legal de las obligaciones de los países miembros surgen del Acuerdo de Marrakech y de los Anexos subsiguientes, dentro de los cuales se incluyen el GATT (acuerdo previo que dio origen a la organización), el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante SPS por sus siglas en inglés), y el Acuerdo de Solución de Controversias. Colombia ratificó el Acuerdo de Marrakech por medio de la ley 170 de 1994, haciéndose parte de esta organización el 30 de abril de 1995.

Es importante tener en cuenta que, en principio, los acuerdos internacionales consignados en la OMC dependen de sus países miembros para aplicar las normas del acuerdo sobre sí mismos.²⁰ Es decir, los miembros de la OMC están forzados a cumplir el acuerdo con el ánimo evitar el riesgo de entablar una confrontación directa entre sí. Por tal motivo, académicos como Bagwell y Steiner²¹ han sostenido que el acuerdo GATT se hace cumplir a sí mismo (es *self-enforcing*), en la medida que cada signatario encuentra que los costos de violar el mismo son mayores que los beneficios obtenidos de tal violación. Por esta razón, uno de los pilares del GATT y de la OMC, al igual que del Protocolo, fue la solución diplomática de los conflictos.

Ahora bien, dentro de las mismas disposiciones dispuestas en la OMC, previendo que las par-

²⁰ HOLMES, Peter (2001) "*The WTO and the EU: Some Constitutional Comparisons.*". En: Sussex at Brighton Discussion Papers in Economics, Discussion Paper 78, Sussex, United Kingdom, December. Consultado en línea en: <http://www.springerlink.com.biblioteca.uniandes.edu.co>:

²¹ Citados en Joseph A. CONTI *The Good Case (...)*. Óp. cit.

tes no obtengan una solución diplomática del conflicto, se encuentra el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech: *Entendimiento de Solución de Controversias (DSU por sus siglas en inglés)*. De acuerdo con este Anexo, es preciso señalar que, a diferencia de la CIJ, estudiada previamente, el DSU tiene jurisdicción obligatoria frente a las controversias que surjan respecto a los acuerdos del Anexo 1.²² Cualquier país miembro puede iniciar una disputa ante la OMC así ésta ya haya sido iniciada frente a otro tribunal internacional o el asunto bajo análisis haga referencia igualmente a otros tratados firmados entre las partes. Consecuentemente, es posible sostener que a nivel internacional, en especial en lo que respecta a la OMC, no es posible argumentar un conflicto de competencia entre este órgano y otro Tribunal Internacional, en tanto cada uno está habilitado de conocer las controversias que surjan en relación a los términos del acuerdo.

Es preciso destacar que, la OMC tiene jurisdicción obligatoria únicamente respecto a los países miembros de la OMC, y a lo dispuesto en los Acuerdos de la organización (*ratione materiae* y *ratione personae*). Lo anterior se dispone en los términos de referencia que están señalados en la petición interpuesta por la parte que presenta la queja para el establecimiento del Panel. De esta forma, dichos términos son el límite de la jurisdicción del Panel haciendo que su rango de análisis se circunscriba a lo establecido en ellos. El Panel únicamente podrá fallar sobre la materia señalada en dichos términos y respecto de las partes involucradas en el proceso.

Ahora bien, el proceso ante la OMC puede dividirse en tres partes principales: la fase de consulta, mediante la cual una disputa es formalmente anunciada y las partes están requeridas a entablar conversaciones diplomáticas; la fase adjudicativa, que procede una vez concluidas tales conversaciones, donde los paneles de revisión de la OMC realizan las consideraciones necesarias sobre las prácticas comerciales de los países miembros; y la fase de implementación.²³

Kuiper²⁴ establece tres principios de la fase de consulta: la delimitación de la jurisdicción aplicable, el debido proceso y los mecanismos necesarios para evitar para la ocurrencia de un litigio. Así, tal como se señaló previamente, la fase pre-procesal pretende por un lado establecer la jurisdicción del panel que evaluará el caso según los términos de referencia y por el otro fomentar la conciliación entre las partes. Es necesario señalar que todo acuerdo al que lleguen las partes durante esta fase debe ser informado al Organismo de Solución de Controversias, quien lo analizará con base en la normatividad de la OMC, con el ánimo de que no se vulneren los derechos de otros países miembros mediante el acuerdo alcanzado.²⁵ De tal forma, la primera etapa del proceso tiende a que los gobiernos resuelvan por sí mismos la disputa. En esta etapa, el Director General de la OMC presta sus servicios para que las partes puedan mediar o conciliar si es el caso.²⁶ Sin embargo, en la

22 PARMETER David and MAVROIDIS C. Petros. "Dispute Settlement in the World Trade Organization". Cambridge University Press. United Kingdom, 2004, pg. 17

23 Joseph A. CONTI *The Good Case* Óp. cit.

24 Citado por T. N. SRINIVASAN Óp. cit.

25 *Ibíd.*

26 T. N. SRINIVASAN Óp. cit.

práctica las disputas no han sido casi resueltas en esta instancia, por lo que la etapa de adjudicación se vuelve una fase esencial dentro del proceso ante la OMC.

La fase de adjudicación, por su parte, está delimitada por tres niveles en los que se permite al Panel tener un pleno conocimiento de las prácticas de los países miembros y de la presunta violación de la normatividad de la OMC. Así entonces, para que la disputa se ajuste a derecho, el Panel determina en primera instancia la base legal que será aplicada al material aportado por las partes; en segunda instancia, establece las formas de interpretar las reglas escogidas para el caso bajo análisis, valiéndose del derecho internacional público, la costumbre internacional, entre otros;²⁷ y en tercera instancia aplica la normatividad escogida una vez haya pasado todo el proceso de interpretación. El Panel determinará en este momento la responsabilidad de los Estados en caso de vulnerar las disposiciones de la OMC y señalará las sanciones que habrán de percibir en caso de que se incumplan tales obligaciones, especificando el tipo de sanción y la magnitud de la misma.²⁸

La última fase de implementación se desarrolla de acuerdo a los lineamientos establecidos por el Panel en la fase de adjudicación. De acuerdo con lo anterior, el Panel podrá establecer ciertas sanciones en caso de que el país reclamado incumpla dichos lineamientos. Frente a tales san-

ciones, John Jackson sostiene que “a pesar de que las normas de la OMC no son obligatorias en estricto sentido, y la opción de desviarse de sus compromisos puede ser una parte de la política real de la OMC, los miembros se encuentran, sin embargo, obligados legalmente a cumplir con lo dispuesto por medio de los procedimientos de solución de disputas y cualquier incumplimiento de lo anterior puede ser considerado como una violación del derecho internacional.”²⁹

En este sentido, aun cuando los países puedan desviarse de las disposiciones del Panel, es innegable que su incumplimiento es considerado como una violación al derecho internacional y da lugar a que los países miembros tomen represalias en contra del Estado infractor. De tal forma, la OMC no es el organismo que realiza dichas sanciones sino que autoriza a que los países miembros actúen consecuentemente en caso de que el país responsable no cumpla con sus obligaciones legales.

Es importante rescatar lo anterior, pues la decisión de un país de entablar una disputa ante la OMC, puede estar basada en la posibilidad de que éste pueda hacer efectiva la decisión tomada en la OMC. Un país sólo interpondrá una queja en la medida en que tenga el poder político y económico de ejecutarla en caso de que la decisión de la OMC le sea favorable. En este sentido, pocos países en vía de desarrollo interpondrán quejas ante la OMC en contra de países como Estados Unidos o la Comunidad Europea, al no contar

27 David PARMETER and PETROS C. MAVROIDIS. Óp. cit.

28 SYKES, A. O. (2005), ‘Public versus Private Enforcement of International Law: Of Standing and

Remedy’, Journal of Legal Studies. p. 34, 631–66.

29 Citado por T. N. SRINIVASAN Óp. cit. Cfr. igualmente JACKSON, John h.. *The case of the World Trade Organization International Affairs* En: Journal Compilation © 2008 Blackwell Publishing Ltd/The Royal Institute of International Affairs 84: 3 (2008) 437–454 © 2008. Consultado en línea en: <http://www.springerlink.com/biblioteca.uniandes.edu.co>

con el poder suficiente para ejecutar las debidas represalias en caso de incumplimiento de tales estados, sin afectar su economía nacional.

Una vez tomada la decisión por el Panel, ésta no podrá ser vetada sino por consenso de todos los miembros del OSD. De este modo se asegura que la mayoría de decisiones cobren fuerza ejecutoria y se garantice la seguridad jurídica del sistema internacional de comercio. Sin embargo, esto no impide que esta decisión pueda ser apelada, conforme a los términos de referencia ante el Órgano de Apelación.³⁰

B. Ventajas del mecanismo de solución de controversias de la OMC

Como se pudo evidenciar en la sección anterior, el sistema actual de solución de controversias de la OMC tiene un tinte más legalista, que el establecido en el GATT, privilegiando la interpretación normativa frente al “poder político” de la parte en conflicto. Así, el nuevo legalismo de la OMC fue promocionado como el primer sistema legal mundial del comercio internacional, contrarrestado con el poder político y la “anticultura legal” del GATT.³¹ Esta base normativa se ha considerado como una de las mayores fuentes legales a nivel internacional de desarrollo del comercio mundial y de todos los aspectos relativos al mismo.

Así, esta cultura legalista ha implicado que, en muchos casos, tal mecanismo haya podido ser

utilizado por los países miembros como alternativa para determinar los parámetros de interpretación del acuerdo. En este sentido, las decisiones de los Paneles y de los Órganos de Apelación se han convertido una base normativa importante para el comercio internacional y para el derecho internacional.

De la misma manera, tal como se evidenció previamente, este sistema otorga un conjunto de sanciones claro en caso de que los países miembros decidan no cumplir con las disposiciones del Panel, aspecto que garantiza la eficacia de dichas decisiones. Por tal motivo, existirá un mayor grado de aplicabilidad normativa (*enforcement*) respecto de los términos del acuerdo de la OMC que frente a otros tratados internacionales relativos al comercio, tal como el CDB estudiado con anterioridad.

En consecuencia, es posible afirmar que el sistema de solución de controversias de la OMC es probablemente el tribunal internacional más importante y más significativo de la actualidad³². Justificado gracias a la jurisdicción obligatoria de la OMC y la obligación automática de cumplir con lo dispuesto por el Panel o el Órgano de Apelación. Al tener jurisdicción obligatoria, todos los miembros de la OMC están en el deber de llevar ante su mecanismo de solución de controversias los casos que se presenten por violación a los acuerdos de la OMC. Así las cosas, aunque una parte desee interponer una demanda ante cualquier otro tribunal internacional, la OMC tiene la capacidad y la obligación de conocer tal

30 Órgano de Solución de Controversias, Estados Unidos – Anti Dumping Act 1916, WT/DS136/AB/R/WT/DS162/AB/R adoptado el 26 de septiembre de 2000, DRS 2000:X, 4793, pág. 52

31 CONTI, Joseph A. *The Good Case* (...). Óp. cit.

32 JACKSON, John H. Óp. cit.

disputa en tanto afecte las obligaciones contenidas en dicho acuerdo.³³

C. Elección probable del Órgano de Solución de Controversias de la OMC como foro en una eventual reclamación

Teniendo en cuenta lo dispuesto previamente, acudir ante la OMC para resolver una controversia respecto a asuntos relacionados con el comercio no sólo es obligatorio conforme a los términos del acuerdo sino que en ciertos casos resulta más atractivo para las partes al momento de iniciar una disputa. La OMC se presenta como una alternativa viable para los Estados miembros al contar con mecanismos de aplicabilidad y ejecutoriedad de las resoluciones de los Paneles, garantizando la eficacia de la decisión.

Respecto al deseo de entablar un litigio, diversos estudios académicos³⁴ han procedido a analizar las razones por las que un país acude ante la jurisdicción de la OMC. Estas surgen principalmente del volumen comercial y la diversidad de socios comercial, del tipo de régimen político, del producto interno bruto de la nación, de la capacidad de litigio, entre otros. En otras palabras, se ha demostrado en la práctica que la mayoría de litigios han nacido de Estados con alto nivel comercial y político. Así, mientras que una nación económicamente poderosa normalmente litiga para obtener un resultado victorioso, las naciones más débiles, en términos económicos, litigan con el ánimo de adquirir cierta

victoria simbólica o comunicar sus intenciones a nivel internacional.³⁵

Lo anterior es fundamental en el momento de analizar la posibilidad del surgimiento de reclamación por realizar prácticas que podrían ser consideradas restrictivas al libre mercado. Un Estado sólo demandará cuando los costos del litigio (represalias comerciales, posibilidad de ejecutar la decisión, entre otros) sean menores que mantener la barrera comercial interpuesta. Por tal motivo, al estudiar la procedencia de un litigio el Estado parte analizará: la posibilidad de obtener una respuesta favorable por parte del panel, el grado de ejecutoriedad de la decisión, el costo político de desarrollar el litigio, el efecto económico de efectuar represalias para obligar la ejecución de la decisión, entre otras.

De esta forma y en consonancia con lo expuesto, es preciso subrayar la alta probabilidad de que un Estado reclamante interponga una demanda ante la OMC y no ante otro tribunal internacional para solucionar una determinada controversia que se suscite bajo el Protocolo de Cartagena. Lo anterior se podría confirmar igualmente por el hecho de que la OMC cuenta con un amplio precedente³⁶ en referencia a las controversias originadas en torno a la aplicación del principio de precaución y de la comercialización de organismos transgénicos.

Teniendo en cuenta lo dispuesto previamente, se presentará a continuación la posición que

33 Ibid.

34 Ver: Joseph A. Conti *The Good Case* Óp. cit.

35 Ibid.

36 Tal jurisprudencia se estudiará posteriormente al analizar la posible defensa de un Estado en una controversia generada bajo el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad

ha sostenido esta Organización respecto del comercio y el medio ambiente y la relevancia del principio de precaución, para posteriormente plantear cómo se llevaría a cabo una estrategia de defensa introduciendo el Protocolo y el mencionado principio.

D. Posición de la OMC frente a la relación entre el comercio y el medio ambiente

En este punto del documento, se esbozará una perspectiva general sobre la posición de la OMC frente a la relación entre el medio ambiente y a la comercialización de productos de la biotecnología, para así tener una idea general del trato que ha dado esta organización al tema durante los últimos años.

En el año 1998, fue interpuesta una reclamación por los gobiernos de Estados Unidos y Canadá en contra de la Comunidad Europea, por el bloqueo de facto de la comercialización de productos genéticamente modificados provenientes de los primeros países³⁷. Esta disputa tuvo como fundamento la divergencia de posiciones respecto a la comercialización de transgénicos expuesta previamente. La decisión del Panel de la OMC sobre esta controversia produjo grandes debates a nivel internacional, en especial por la ambigüedad de la decisión al determinar si los organismos genéticamente modificados eran en efecto productos que podían considerarse segu-

ros o no.³⁸ A pesar de tal ambigüedad, los medios oficiales norteamericanos anunciaron una victoria sustancial para todos los granjeros del mundo, en tanto se habían eliminado las barreras que impedían el desarrollo de una tecnología, la cual garantizaba la seguridad alimenticia y eliminaría la pobreza del mundo.³⁹ Por su parte, la Comunidad Europea y múltiples organizaciones ambientales, interpretaron esta decisión como la primacía del libre comercio sobre el principio de precaución y sobre la soberanía de los países de regular lo que aquellos consideran como contrario a la salud pública.

Ahora bien, con el ánimo de entender a cabalidad la decisión del panel, es preciso recordar que el sistema internacional de comercio está gobernado principalmente por el principio de la no discriminación, caracterizado por tres conceptos principales: la similitud de bienes y productos, el principio de trato nacional y el principio de la nación más favorecida⁴⁰. A su vez, estos tres conceptos permiten delimitar tres aspectos fundamentales en relación a la comercialización de productos biotecnológicos. En primera instancia, la similitud de bienes y productos conlleva a que el análisis sobre la equivalencia entre productos se realice frente al uso de tales bienes y no en relación a su proceso de produc-

37 Órgano de Solución de Controversias, *Medidas que afectan la comercialización y aprobación de productos biotecnológicos*, WT/DS392/R/CAN, WT/DS291/R/USA.

38 GRANT E. Isaac; KERR, William A. *Genetically Modified Organisms and Trade Rules: Identifying Important Challenges for the WTO* C En: Publishing Lid 2o03, 9600 Garipc. Road, o&d 0X4 2DQ. UK aod. 350 Main See, Maldan, MA 0214, USA 29. Consultado en línea el 10 de octubre de 2010 en: <http://www.springerlink.com.biblioteca.uniandes.edu.co>:

39 *Ibíd.*

40 JACKSON, John H. *Óp. cit.*

ción.⁴¹ En este sentido, los organismos genéticamente modificados no podrían ser distinguidos de aquellos bienes no modificados, en tanto su uso es exactamente el mismo y sólo difieren en el proceso que se llevó a cabo para su creación.⁴² Así, el propósito del enfoque en el uso y no en el procedimiento de creación, permite el bloqueo de medidas proteccionistas justificadas por el tipo de trabajo realizado, materiales utilizados (incluyendo mecanismos biotecnológicos), disposiciones medioambientales, entre otros, que no estén debidamente demostradas.

De la misma forma, el principio de trato nacional y el principio de la nación más favorecida impiden cualquier tipo de discriminación, ya sea entre nacionales y extranjeros o entre países importadores. Con base en este principio, cualquier tipo de discriminación fundada en el mecanismo de producción de un bien podría generar una diferenciación inapropiada entre nacionales que desarrollen un procedimiento particular y extranjeros que se atengan a otras medidas.⁴³

De acuerdo con en estas disposiciones, la OMC estableció un lineamiento aparentemente claro para determinar si una barrera comercial realizada por un país miembro frente a un producto de otro país está legalmente justificada. En un estudio realizado por William Kerr y Grant Isaac, se señalaron cuatro variables que permiten el análisis de dicha barrera, de acuerdo a

las decisiones de los paneles de la OMC. Tales variables son: i) si la medida realizada frente al proceso de producción está relacionada con el producto o no; ii) y si la medida está enfocada desde el punto de vista de la seguridad del producto o no. Desde esta perspectiva, si la medida tiende a fomentar la seguridad del producto, debe existir una justificación científica concreta realizada de acuerdo al Codex Alimentarium, a la Office Internationale des Épizooties (de protección animal) y a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. En este caso, el SPS permitiría la creación de dicha barrera comercial aún en detrimento de los principios señalados previamente.

Por el contrario, si la medida no tiene una justificación científica concreta, la pregunta recae sobre si el proceso de producción afecta o no al producto. De esta manera, una barrera comercial sólo podrá ser justificada en caso de que el proceso de producción afecte al producto de tal forma que lo diferencie significativamente de otro producto que no estuvo sometido a tal proceso⁴⁴. Así, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante TBT por sus siglas en inglés), sólo permitiría la interposición de una barrera comercial en tanto ésta se encuentre justificada en una diferenciación clara entre productos. Conforme a lo anterior, si el proceso de producción no afecta al producto, no existiría ninguna justificación legal que le permita a un país miembro interponer dicha barrera.

41 ISAAC and KERR, Óp. cit.

42 Bajo este concepto, un tomate genéticamente modificado y un tomate tradicional resultan idénticos pues su uso es el mismo.

43 Ibid.

44 Un ejemplo de tal diferenciación se evidencia en productos sometidos a certificaciones de calidad concretas. Así, un producto que tuvo un procedimiento que le garantizaba una calidad excepcional será significativamente distinto de productos no sometidos a tales disposiciones.

Ahora bien, en relación a los organismos genéticamente modificados, dado que los países que se han sometido a disputas en torno a la comercialización de estos productos no cuentan con una base científica clara que explique la barrera, el debate se centraría frente al grado de “similitud” entre dichos productos y aquellos que no han sido sometidos a ninguna alteración genética. Por un lado, se ha sostenido que las técnicas y los procedimientos de modificación genética son utilizados en el desarrollo de la semilla, mas no en el crecimiento de la misma después de haberse plantado. Aún cuando estén modificadas de tal forma que resistan mayores pesticidas, el proceso de crecimiento entre esa planta y una que no esté modificada genéticamente será el mismo.⁴⁵ Por otro lado, se afirma que las técnicas que permiten la formación de un organismo genéticamente modificado lo hacen significativamente distinto de uno normalmente cultivado, haciendo imposible la afirmación de que ambos productos sean equivalentes.⁴⁶

En seguida se estudiará el análisis realizado por el panel de la OMC frente a la ley aplicable para el caso y a la determinación del grado de equivalencia entre los productos biotecnológicos y aquellos que no han tenido ninguna alteración genética.

E. Ley aplicable en el caso contra la Comunidad Europea: Aplicación del SPS – Necesidad de comprobación científica

Con el ánimo de estudiar el análisis jurídico realizado por el Panel en el caso de *Biotecnologías contra la Comunidad Europea*, es meritorio observar en primer lugar el grado de similitud de los productos genéticamente modificados con aquellos que no han tenido ninguna alteración; posteriormente, estudiar la aplicabilidad de los principios desarrollados en los artículos I y III del GATT, para concluir con las razones por las que el Panel consideró apropiada la aplicación del SPS y no el TBT.

Es importante tener en cuenta que la capacidad de aplicar los artículos I y III del GATT está directamente relacionada con el grado de similitud de los productos bajo análisis, pues de lo contrario no sería posible afirmar una violación al principio de no discriminación. En relación a los productos genéticamente modificados, tal como se evidenció previamente, existe una divergencia académica respecto al grado de similitud de estos con sus análogos sin modificación. La Comunidad Europea sostiene que tales productos, al presentar dichas alteraciones, son sustancialmente diferentes de aquellos no modificados, debido a que cuentan con procesos de producción que alteraran significativamente el producto final. Por el contrario, Estados Unidos y Canadá sostienen una posición tendiente a resaltar el carácter equivalente de ambos productos al considerar que aún si se utilizan medidas de producción diferenciadas, tales medidas no afectan el producto final haciendo que éste y

45 Ibid.

46 Ibid.

aquellos sin ninguna alteración cumplan exactamente el mismo uso y objetivo.

En aras de solucionar tal divergencia, el Panel se remitió a las decisiones previamente proferidas por la OMC para establecer qué factores determinan la similitud de un producto con otro. Así, en el *Japón Bebidas Alcohólicas*, el Panel indicó que el grado de similitud no puede predicarse únicamente de productos idénticos o iguales, sino de aquellos que presenten las mismas cualidades⁴⁷. De la misma forma, en el caso de *España- Café Tostado No Tostado* se señaló que los factores genéticos no son significativos al momento de calcular la similitud. Por tanto, se llegó a considerar inconsistente sostener que un producto modificado genéticamente por el hombre mediante procesos biotecnológicos sea esencialmente peor o radicalmente distinto de un producto modificado genéticamente mediante un procedimiento natural; ambos productos –bien sea derivados de manipulación genética natural o realizada por el hombre– seguirán prestando el mismo uso y seguirán contando con las mismas cualidades, haciendo que sea insostenible distinguirlos entre sí.

Valiéndose de tal precedente, el Panel sostuvo que los productos genéticamente modificados presentan las mismas cualidades que aquellos que no han sufrido ninguna modificación. Igualmente, estableció que las diferencias en el mapa genético de dichos productos no son una casual para considerarlos disímiles, y por tan-

to justificar *ex ante* una barrera comercial en la protección de los últimos.⁴⁸ En otras palabras, no es posible realizar una discriminación con relación al origen del producto, su configuración genética, o su proceso de producción, si no tienen una afectación sustancial en el producto final. Por tanto, no es posible sostener *a priori* que los productos genéticamente modificados generan una afectación tal en el producto final (ya sea negativa o positiva) que los distinguen significativamente de sus pares no modificados.

Tal análisis fue estructurado con base en el concepto de equivalencia sustancial (*substantial equivalence*); concepto que, dada la dificultad de realizar estudios toxicológicos que identificaran el riesgo de dichos organismos, permitió enfocar la evaluación de la seguridad de los mismos, sobre el hecho de si un organismo genéticamente modificado es *tan seguro* como su contraparte tradicional o natural (en el caso en que tal contraparte exista)⁴⁹. Así lo señala el reporte de la Organización Mundial de la Salud⁵⁰ en donde sostiene que “la aplicación del concepto – de equivalencia sustancial– no es una evaluación de la seguridad del producto en sí misma. No caracteriza en riesgo, sino que es usado para estructurar una evaluación de la seguridad de un alimento genéticamente modificado relativo a su contraparte convencional. Como punto de parti-

47 ZEDALIS, Rex J. *Labeling of Genetically Modified Foods The Limits of GATT Rules*. En: *Journal of world Trade* 35(2): 301-347. 2001. © 2001 Kluwer Law international. Consultado en línea 10 de octubre de 2010 en: <http://www.jstor.com>

48 Ibid.

49 Ver: *Guideline for the conduct of food safety assessment of foods derived from recombinant-dna plants*. Consultado en línea el 10 de mayo del 2011 en: www.codexalimentarius.net. Cfr. Igualmente: WHO/SDE/PHE/FOS/00.6, WHO, Geneva, 2000. Consultado en línea en la misma fecha en: <http://www.fao.org/wairdocs/ae584e/ae584e04.htm#bm04>

50 Ibid.

da el organismo genéticamente modificado y/o, el alimento derivado de él, es comparado con su contraparte tradicional más cercano para identificar cualquier diferencia intencional o no intencional que pueda resultar ser el foco de la evaluación de seguridad realizada posteriormente.”

Tal como se señaló previamente, al encontrar que no existen diferencias sustanciales entre productos por su condición genética, cualquier bloqueo injustificado a algunos de dichos productos podría considerarse como una violación a los principios de trato nacional o nación más favorecida, según el caso. En ninguna medida un país está justificado de aplicar tal barrera comercial arbitrariamente y sin apelar a alguna excepción prevista en la normatividad de la OMC.

Ahora bien, si bien el panel se fundamentó en los principios establecidos en el GATT, y posteriormente en la normatividad de la OMC, para establecer el grado de similitud de los productos genéticamente modificados, a la hora de aplicar las excepciones hizo un análisis que a la mira de cualquier lector resulta un poco sobre-interpretado pero que delimita el campo de aplicación de las disposiciones medioambientales a nivel internacional.

En aras de entender el proceso argumentativo del Panel, es meritorio señalar que cada uno de los acuerdos que aplican a esta materia, establecen distintos fundamentos frente a la excepción de principios señalados en los artículos I y III del GATT. Así, el artículo XX del GATT, al igual que el TBT, señalan dentro de sus excepciones al cumplimiento de las obligaciones comerciales la protección al medio ambiente y a la sa-

lud pública de parte de los Estados miembros, y permiten que las condiciones técnicas en la elaboración final del producto, siempre y cuando éstas lo afecten de manera sustancial, sean amparadas bajo esta causal de justificación. Por su parte, el SPS en ningún lugar establece como excepción al cumplimiento de sus disposiciones la protección al medio ambiente y sitúa a la justificación científica como la única base legal que permite sostener una barrera comercial de cualquier tipo.

En otras palabras, en los términos de la negociación del TBT y el SPS, el primero se encargaría de las limitaciones técnicas al comercio que podrían estar justificadas por razones de política pública tales como la salud pública y el medio ambiente⁵¹. Por el contrario el segundo, tendría una circunscripción un poco más limitada, centrada únicamente en los aspectos fitosanitarios, que pudiesen resultar adversos al comercio agrícola.⁵²

Tal línea argumentativa tiene como precedente el caso de *la Comunidad Europea en relación a las barreras contra la carne con hormonas* (mejor conocido como el *Beefhormone case*)⁵³, en donde el Panel argumentó que el acuerdo SPS impone obligaciones que difieren de aquellas señaladas en el GATT y el TBT y sus excepciones respecto a la protección de la salud pública se-

51 TBT Agreement, Anexo 1, para. 1.

52 Declaración Ministerial en la Ronda de Uruguay, MIN.DEC., 20 Sept. 1986, Parte I, Sección D Agricultura

(iii).

53 Órgano de Solución de Controversias, *Beef Hormone Case*. WT/DS26/R/USA, WT/DS48/R/CAN

gún el artículo XX del GATT.⁵⁴ El GATT y el TBT tienen un ámbito bastante extenso permitiendo la introducción de medidas que, a pesar de limitar el comercio, están enfocadas a proteger la moral pública, la vida humana, animal o vegetal, los recursos escasos, entre otros. Por el contrario, el SPS se encuentra más limitado al circunscribir su jurisdicción a bases científicas más consolidadas e impidiendo su aplicación en ámbitos tan extensos como los del GATT y el TBT.

Conforme a dicha línea argumentativa, en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* el Panel de la OMC se dispuso a argumentar la procedencia del SPS para imponer la carga de la justificación científica y eliminar la posibilidad de aplicar el principio de precaución en la formulación de las políticas públicas de los Estados miembros. De esta manera, el Panel extendió dicho acuerdo no sólo a la sanidad fitosanitaria en la agricultura, sino a todo aquello relacionado con la protección de la salud y el medio ambiente, incluyendo la comercialización e introducción de los organismos genéticamente modificados.⁵⁵

Es claro que, contrario a tal línea argumentativa -tal como fue expuesto previamente al explicar la finalidad del Protocolo de Cartagena-, el régimen medioambiental imperante, en lugar de priorizar el comercio y requerir la certeza científica y racional para justificar cualquier bloqueo comercial, tiende a resaltar la cautela y la moderación en caso de no existir comprobaciones

científicas de la seguridad de un producto. Por tanto, tal disposición de la OMC hace prácticamente imposible la aplicación del principio de precaución, dando primacía al comercio frente a cualquier daño producido por la falta de información científica. En este sentido, a pesar de que el SPS permite algún tipo de “precaución” cuando la evidencia científica es insuficiente, la posición de los paneles de la OMC ha mostrado la debilidad de este concepto en relación con el comercio internacional⁵⁶.

Corolario a lo anterior, existe un acuerdo en que si bien presenta una amplia investigación científica respecto a todo lo que se relacione con salud humana, pestes, y peligros potenciales a la economía agrícola, en materia medioambiental el problema no está resuelto y está sujeto a numerosas inconsistencias.⁵⁷ Esto último se puede evidenciar claramente tanto con los organismos transgénicos, como con situaciones como el cambio climático, frente a los cuales existen posiciones encontradas que justifican ambos polos de la discusión, con suficiente documentación científica y técnica.

A pesar de la carencia de certeza científica que justificara el bloqueo de la comercialización de organismos transgénicos y de la existencia en derecho internacional ambiental de disposiciones normativas que privilegien el principio de precaución, el Panel de la OMC dispuso la aplicación del SPS en lugar del TBT, el cual permitiría una mayor inclusión de la de la normas contenidas en el Protocolo de Cartagena. De esta forma, el

54 Ibid.

55 PEEL. Óp. cit.

56 Ibid.

57 Ibid.

Panel realizó un proceso interpretativo extenso que se acomodara a los criterios de liberalización del comercio y que bloqueara cualquier medida tendiente a la protección preventiva del medio ambiente.

En principio, el acuerdo SPS se aplica en los siguientes casos delimitados en el Anexo A, párrafo 1.27:

a. Para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;

b. para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;

c. para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o

d. para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Conforme a las anteriores disposiciones señaladas en el Acuerdo SPS, el Panel argumentó en un principio que, dado que las Directivas y Resoluciones en estudio realizadas por la Comunidad Europea pretendían proteger a los animales y a las plantas como parte de su propósito de

proteger el medio ambiente, no estaban *a priori* excluidas de tal acuerdo⁵⁸.

Igualmente, el Panel consideró que los OGM pueden ser considerados como malezas (incluidos en la definición de plagas del Acuerdo) en los casos en que éstos se salgan de sus cultivos, afectando las especies nativas y la flora silvestre (incluido en la noción de vegetal en el acuerdo), o produciendo otros daños a la biodiversidad y los cultivos orgánicos.⁵⁹ Así, el OGM no tiene que ser patógeno para estar sujeto a la regulación del Acuerdo SPS y ajustarse a lo dispuesto en el numeral a) del anexo, en tanto que el acuerdo ampliaría su ámbito de aplicación a todo aquello que cause un daño a la salud humana, animal, o vegetal. Asimismo, según el Panel, los “riesgos a la vida animal o vegetal” podrían incluir microorganismos y organismos indirectamente relacionados como los insectos que podrían ser afectados por el uso del pesticida en el cultivo de los OGM.

De la misma forma, el Panel encontró que los genes podrían ser considerados como aditivos, en tanto se incorporan a otros alimentos o a otras sustancias, incluyéndolos en lo dispuesto en el numeral b) del anexo A del Acuerdo SPS.⁶⁰ También, dado que los organismos transgénicos pueden producir alergias distintas de aquellas provenientes de los alimentos, puede considerarse que se incluye dentro de lo dispuesto en

58 BAUGHEN, Simon. *International trade and the protection of the environment*. Routledge. Cavendish. Taylor and Francis Group. London and New York. 2007, pg. 79. Consultado en línea el 5 de octubre de 2010 en: <http://www.informaworld.com.biblioteca.uniandes.edu.co>

59 PEEL. Óp. cit.

60 BAUGHEN, Op. cit.

el numeral c) del mencionado acuerdo. Por último, el literal d) podría ser igualmente aplicado en el caso en que dichos organismos sean considerados como un daño a la propiedad y la prosperidad económica de países vecinos por la expansión de cultivos.⁶¹

De esta suerte, el Panel extendió el significado de todos los conceptos previstos en el Acuerdo, ampliando el margen de interpretación del mismo a todo lo relacionado con el medio ambiente, la salud humana, y la agricultura. Así, dado que la Comunidad Europea no contaba con una base científica satisfactoria que pudiese probar los peligros del uso de organismos biotecnológicos, sentenció a la Comunidad Europea por violar el principio de no discriminación y los Acuerdos de la OMC. A pesar de que la Comunidad Europea sostuvo que las disposiciones acusadas sólo podían ser evaluadas conforme al Acuerdo TBT (como el derecho de saber del consumidor de las cualidades del producto consumido) el Panel señaló que habiendo sido probada la violación conforme al Acuerdo SPS no era necesario evaluar el tema respecto a los otros Acuerdos.

F. El principio de precaución en el Protocolo de Cartagena

El Protocolo de Cartagena tanto en el Preámbulo, como sus artículos 1 y 11 resalta que para este instrumento debe aplicarse el enfoque del principio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Así, esta última disposición declara que:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. *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.*⁶² De esta forma, el artículo primero del Protocolo sostiene que de conformidad con la anterior definición, el objetivo del Protocolo es “contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos [cursivas de las autoras].

En este orden de ideas, se entiende que de acuerdo con el Protocolo de Cartagena, no será necesario tener certeza científica absoluta para adoptar medidas eficaces en función de los costos para impedir los efectos adversos a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, y de los riesgos para la salud humana, producto de la manipulación, transferencia y utilización de organismos transgénicos. Es decir que este Estatuto busca proteger la biodiversidad y la salud humana frente al movimiento transfronterizo de los organismos vivos genéticamente modificados, mediante el principio de precaución. Si un Estado “A” tiene prueba

61 PEEL Óp. cit.

62 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Principio 25. Río de Janeiro: 1992.

científica de que la introducción de determinado organismo vivo genéticamente modificado, proveniente de una industria de un Estado “B”, puede tener efectos adversos en la biodiversidad del Estado “A”, éste último podría impedir la entrada de dicho organismo sin necesidad de tener certeza científica absoluta de tal hecho. Así entonces, la esfera de protección se amplía al no exigir certeza científica absoluta respecto de los riesgos y efectos adversos.

No obstante lo anterior, de esta concepción surgen dos puntos que no son claros en términos de una aplicación efectiva de este principio bajo el Protocolo. En primera instancia, se establece que se deben adoptar “medidas eficaces en función de los costos”. ¿Cómo saber si la medida es eficaz en función de los costos? Este aspecto debe ser traducido en un análisis de costo-beneficio. Los beneficios producto de la adopción de la medida deben ser mayores a los costos que implica la aplicación de la misma.⁶³ Es aquí donde surge el segundo punto: cómo llegar a un análisis claro de costo-beneficio si no es necesaria certeza científica absoluta de los efectos adversos y los riesgos. El fundamento de la falta de certeza radica en que probablemente para el momento en que ésta exista, los efectos serán irreversibles. En el caso particular de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna, el nivel de dificultad para remover un organismo una vez introducido en un ambiente determinado es muy alto.⁶⁴ Por

estas razones se pretende permitir la adopción de medidas en una etapa previa al actual daño o efecto adverso y así prevenir escenarios que podrían llegar a ser irreversibles.

Ahora bien, como se ha establecido en el presente documento, el mecanismo de solución de controversias que prevé el Protocolo de Cartagena no ha sido aplicado a la fecha. En esta medida, no ha habido ninguna disputa bajo este instrumento de derecho internacional. Esta situación impide una elaboración exhaustiva frente a la efectiva aplicación del principio de precaución bajo el Protocolo. En el hipotético caso de que esta disputa se diera, correspondería a la *CIJ*, o cualquiera de los otros mecanismos contemplados dentro del *CDB*, determinar si la prueba científica que se tiene para el caso en concreto es suficiente, y si la medida adoptada es efectiva en función de los costos. Sería en ese momento en el que se generaría un precedente respecto de este tema y se empezaría a constituir un desarrollo doctrinal y jurisprudencial para este escenario específicamente, en donde se establecerían los criterios y requisitos en los términos de los aspectos ya señalados.

Sin embargo, como se ha planteado a lo largo de este escrito, si la disputa existiera, el Estado al que se le impusiera una barrera comercial con base en el principio de precaución cobijado por el Protocolo, no acudiría a los mecanismos de solución de controversias contemplado por este instrumento, sino que elegiría el foro de la *OMC* para que sus derechos comerciales fueran protegidos. De acuerdo con lo anterior, a continuación se presentarán posibles estrategias

63 GOLLIER, Christian. *Should We Beware of the Precautionary Principle?* En: *Economic Policy*. Vol 16, No. 33. Octubre de 2001. Consultado en línea el 3 de noviembre de 2010 en: www.jstor.com

64 *Ibid.*

para introducir el Protocolo en un proceso bajo la OMC y así estructurar una defensa sólida.

G. Aplicabilidad de una norma no-OMC dentro de una disputa ante la OMC: posibilidades de una defensa mediante la implementación del Protocolo de Cartagena

En este aparte del trabajo, ya habiendo visto que de forma casi inequívoca la OMC sería el foro elegido para entablar una eventual reclamación, se estudiará de qué manera podría implementarse el Protocolo de Cartagena y por ende, el principio de precaución, dentro de una defensa que se enmarque en una disputa presentada ante el OSD de la OMC, la cual se derive de una limitación de un Estado a la importación transgénicos, fundamentada en la aplicación de dicho principio.

En primer lugar, vale la pena recordar que el Entendimiento de Solución de Controversias de la OMC (DSU por sus siglas en inglés), es muy claro a la hora de establecer que las normas y procesos consignados en dicho instrumento serán aplicables únicamente a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los llamados “acuerdos abarcados” por la OMC⁶⁵, que son aquellos consignados en los Apéndices 1 y 2 del DSU. No obstante lo anterior, el quid del asunto reside en que en el examen de la eventual reclamación presentada ante la OMC, las normas no-OMC, tales como el Protocolo de Cartagena, pueden ofrecer una defensa independiente o una justificación, que lleve al Panel

a excluir una violación a los acuerdos contraídos bajo la OMC. En este punto, antes de seguir avanzando en la discusión, vale la pena hacer claridad frente a esto último se relaciona con el alcance de la legislación aplicable ante el Panel de la OMC, cuestión que debe distinguirse claramente de la jurisdicción de los paneles de esta Organización, la cual no se está debatiendo en el presente estudio⁶⁶.

Habiendo hecho esta salvedad, es importante mencionar qué disposiciones del DSU consagran cuál es la ley aplicable en materia de solución de controversias ante la OMC. En primer lugar, encontramos que el artículo 7 instruye a los Paneles a examinar los asuntos que les conciernan “a la luz de las disposiciones pertinentes” de los acuerdos abarcados que hayan sido invocados por las partes en conflicto, direccionándolos de esta forma a que apliquen un cierto número de normas pertenecientes a la OMC. En esta coyuntura, surgen dos posibilidades: la primera de ella es interpretar que lo dispuesto en el citado artículo, se refiere a una lista exhaustiva de normas que únicamente hacen parte de la OMC y que son susceptibles de ser aplicadas por el Panel a la hora de examinar el caso. La segunda opción, defendida por el doctrinante Joost Pawelyn y a la que se adhiere el presente trabajo, consiste en concebir que, además de la aplicación de las normas OMC, nada obsta para que en determinados casos puedan aplicarse normas de derecho internacional que se encuentren por fuera de los acuerdos cobijados por la OMC. Las razones por las cuáles debe primar ésta última

65 Cfr. artículos 1.1 y 1.2 del DSU.

66 PAWELYN, Joost. *How to win a WTO dispute based on a non-WTO law?* Journal of World Trade 37(6), 2003. p. 1000.

interpretación, residen en lo establecido por el artículo 3.2 del DSU el cual dispone que los acuerdos abarcados por la OMC deben aclararse de “conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Remitiéndose al artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es posible observar que parte de las reglas de interpretación a las que se refiere este artículo, señalan que a la hora de interpretar un tratado no sólo debe tenerse en cuenta el tratado en sí mismo (*in casu*, el tratado de la OMC), sino también “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” y “ toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. En vista de lo anterior, el tratado de la OMC por lo tanto se enmarca explícitamente el contexto más amplio del derecho internacional público, incluyendo otros tratados no-OMC. Adicional a lo expuesto, debe tenerse de presente que el acuerdo de la OMC es un tratado de derecho internacional público y por definición, aun en ausencia del artículo 3.2 del DSU, no puede interpretarse de forma aislada del sistema de normas que conforman el derecho internacional⁶⁷.

Así las cosas, en el entendido de que es viable introducir normas no-OMC dentro de la sustentación de una reclamación o una defensa ante el OSD, solo resta por explicar cuáles son los requisitos que ha establecido la doctrina para que sea posible realizar esta introducción. De forma simultánea a esta explicación, a continuación también se analizará si dichos requisitos se

cumplirían en el caso de intentar implementar el Protocolo de Cartagena y el principio de precaución en él consagrado, dentro de una defensa ante el mencionado Órgano.

El primer y más evidente requisito para que se pueda utilizar una norma no-OMC, consiste en que dicha norma externa sea vinculante para todos los países objeto de la disputa⁶⁸. En relación con el Protocolo de Cartagena, debe tenerse en cuenta que el presente trabajo parte del supuesto de que los países enfrentados en la disputa han ratificado tanto la CDB como el Protocolo de Cartagena, razón por la cual este requisito no genera mayor dificultad y debe presumirse que se cumple.

En segundo lugar, la doctrina ha planteado que se debe cumplir con un requisito de permisión tácita, consistente en que la norma no-OMC que pueda ser utilizada por el Panel a la hora de decidir la reclamación, no debe estar prohibida por un tratado de la OMC, y debe ser válida y legal. De igual forma, lo anterior implica que con la inclusión de la norma no-OMC no deben vulnerarse los derechos u obligaciones contraídos con terceras partes ajenas a la disputa⁶⁹. Esta exigencia, a la luz de la hipótesis planteada sobre la inclusión del Protocolo de Cartagena no implica mayor complicación pues, como se ha explicado a lo largo del trabajo, este instrumento internacional no es excluyente con el tratado de la OMC, ni este último consagra una prohibición expresa de la aplicación del ya explicado principio de precaución. Asunto diferente es que no se haga

67 PAUWELYN, Joost. Óp. cit. p. 1001

68 *Ibid.* p. 1004

69 *Ibid.*

mención alguna de este principio dentro de la normativa de la OMC y que dentro del precedente de las decisiones del OSD de esta Organización, no se le haya tenido en cuenta de forma preferente a la hora de fallar los casos. Así las cosas, se observa que salvo en lo relativo a la no vulneración de derechos de terceros (situación que dependerá de cada caso en particular y cuyas hipótesis no es del caso debatir), se da cabalmente el cumplimiento de este requisito, toda vez que tanto el Protocolo como los Acuerdos regidos bajo la OMC mantienen una relación armónica, en tanto sus disposiciones no son mutuamente excluyentes, menos aún recordando que el mismo preámbulo del Protocolo dispone que “los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible”.

En tercer lugar, el último requisito señala que para que una norma no-OMC pueda justificar una medida inconsistente con la OMC por parte de un Estado, esta primera debe prevalecer sobre la segunda, bien sea porque así se consagra explícitamente en la OMC o en un tratado no-OMC, o porque la norma no-OMC sea posterior en el tiempo (*lex posterior*) o sea más específica (*lex specialis*) comparada con la norma OMC⁷⁰.

Vale entonces la pena detenerse detalladamente en este requerimiento final, pues es en este estadio donde se dificultan las posibilidades de inclusión del Protocolo de Cartagena y del principio de precaución dentro de una defensa a una reclamación interpuesta ante el OSD de la OMC. Por una parte, se debe analizar la existencia de

dos cláusulas de salvaguarda o *savings clauses* en el preámbulo del Protocolo de Cartagena, a las cuales ya se hizo referencia en la parte introductoria de este trabajo. La primera de estas cláusulas dispone que el Protocolo “no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor”, mientras que la segunda dispone que no se tiene por objeto “subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”. Ahora, de la simple lectura de estas estipulaciones, se evidencia que son el fruto de las pugnas que se dieron a la hora de la negociación del Protocolo, donde se enfrentaban los intereses frente a que hubiera claridad respecto de las obligaciones internacionales contraídas con anterioridad al Protocolo, frente a aquellos que no apoyaban que el Protocolo se concibiera como un instrumento de menor rango. Finalmente, lo cierto es que la redacción final del Preámbulo es explícita en formular que, así como no existe una subordinación del Protocolo frente a otros acuerdos internacionales, tampoco se puede entender que éste prima sobre obligaciones internacionales contraídas de manera previa y que por lo mismo, no aplica el criterio de *lex posterior*.

Así las cosas, se observa que lejos de poder constatarse una prioridad explícita del Protocolo, el mismo instrumento consagra la inexistencia de un orden jerárquico entre éste y otros tratados internacionales. Al respecto, vale la pena mencionar que algunos autores han sugerido que la inserción de estas *saving clauses* en el preámbulo del Protocolo de Cartagena impidieron que se configurara una primacía de este

70 *Ibid.* p. 1005

instrumento frente a otros acuerdos, específicamente los comerciales⁷¹, de la misma forma que redujeron el potencial de las normas de la OMC de evolucionar hacia la incorporación de los principios del derecho sostenible, en la medida que, dada la precisión del lenguaje dentro de la OMC, esto anula cualquier posible conflicto con el lenguaje del Protocolo⁷².

Por otra parte, resulta igualmente complejo imaginar que, basándose en el principio de *lex specialis*, un Panel dentro del OSD aceptaría la inserción del Protocolo o del principio de precaución, para justificar una medida contraria a las normas OMC. Lo anterior se explica pues a pesar de que el Protocolo sí aborda de manera específica los organismos genéticamente modificados, también existe una regulación aplicable dentro de la OMC, específicamente en el SPS, la cual goza de menor ambigüedad que el Protocolo. Esta reglas consignadas en los artículos 5.1 y 5.2 del SPS, disponen que:

1. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.
2. Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán

en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.

De la lectura de estas dos disposiciones, se extrae que no comparten el mismo “lenguaje precaucionista” que el Protocolo, por cuanto exigen un grado de certeza científica sobre el riesgo que existe para poder tomar medidas que limiten el comercio. Al contrastar estos numerales con la explicación etérea y el lenguaje poco consistente que da el Protocolo y el CDB, se evidencia a todas luces la ventaja comparativa del primero, pues en términos prácticos, un Panel de la OMC probablemente basará su decisión en las disposiciones claras del acuerdo SPS y verá con desconfianza las medidas tomadas por un país, el cual busca estructurar su defensa con base en el escasamente definido principio de precaución⁷³.

De todo lo expuesto en este punto, es posible concluir que dada la redacción del Protocolo y de los otros factores de influencia, difícilmente podría pensarse que un Panel de la OMC justificara una medida contraria a los acuerdos de esta Organización. Por un lado, la inclusión de las *savings clauses* en el Preámbulo del Protocolo impiden la existencia de una primacía de lo dispuesto en él frente a lo dispuesto en otros acuerdos internacionales; por otro lado, los problemas en la terminología utilizada dentro del

71 SAFRIN, Sabrina. *Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization*. The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 3 (Jul., 2002), p. 620.

72 DOWNES, David R. *Integrating Implementation of the Convention on Biological Diversity and the Rules of the World Trade Organization*. IUCN – The World Conservation Union 1999. p. 29

73 SAFRIN, Sabrina. Óp. cit. p. 626

Protocolo, la cual se deriva de las serias dificultades en su negociación, hacen casi imposible la tarea argumentativa de afirmar que el Protocolo debe aplicarse por criterio de especialidad frente a las mencionadas disposiciones del SPS:

H. Conclusiones

A pesar de las buenas intenciones y las expectativas creadas por muchos países a la hora de negociarlo, el Protocolo de Cartagena se presenta actualmente como un instrumento internacional débil, principalmente en lo que respecta al potencial de aplicación que tiene el principio de precaución, piedra angular del Protocolo. Un lenguaje ambiguo y poco vinculante, el mismo que fue utilizado en el mecanismo de solución de controversias que plantea el CDB, lograron que tanto el tratado como el protocolo se vieran opacados por un sistema como el de la OMC, el cual además de gozar de enorme claridad en sus regulaciones, tiene un organismo de solución de controversias fortalecido y con un importante precedente.

Esta situación trae consigo un problema en la aplicabilidad de los principios contenidos en el Protocolo en tanto la OMC ha establecido un precedente claro a la hora de solucionar conflictos relativos al comercio de organismos genéticamente modificados. Como se dispuso a lo largo del presente trabajo, la OMC ha mantenido la idea que, en principio, con base del principio de equivalencia sustancial, no existe una diferencia *a priori* entre productos genéticamente modificados y aquellos que no lo están. Esto último se agrava por el hecho que, al situar los OGM dentro de las disposiciones del SPS y no del

TBT, se hace imprescindible para los Estados que desean excluir estos productos -con el ánimo de proteger al consumidor y a la salubridad pública- aportar la suficiente y extensiva prueba científica que justifique la imposición de tal barrera comercial.

De tal forma, ante la deficiencia de parte del Protocolo de contar con los mecanismos adecuados para garantizar su obligatoriedad y aplicabilidad, se hace necesario buscar alternativas, en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC, para la aplicación del Protocolo y, por tanto, se de vía libre a la aplicación del Principio de Precaución. Para lograr lo anterior se debe, en primer lugar, determinar si dicha norma externa es vinculante para todos los países objeto de la disputa. En segundo lugar establecer si cumple con el requisito de permisión tácita, consistente en que la norma no-OMC que pueda ser utilizada por el Panel a la hora de decidir la reclamación, no debe estar prohibida por un tratado de la OMC, y debe ser válida y legal. En tercer lugar, se debe garantizar que no vulneren derechos u obligaciones contraídos con terceras partes ajenas a la disputa. En cuarto y último lugar se debe garantizar que dicha norma no-OMC prevalezca sobre la norma de la OMC, bien sea porque así se consagra explícitamente en la OMC o en un tratado no-OMC, o porque la norma no-OMC sea posterior en el tiempo (*lex posterior*) o sea más específica (*lex specialis*) comparada con la norma OMC⁷⁴. Ahora bien, como se observó en el presente trabajo la aplicación de esta última disposición se dificulta a la hora de aplicar el Protocolo, debido a lo dis-

74 *Ibid.* p. 1005

puesto en sus *saving clauses*, que impiden que dicha norma tenga carácter prioritario y especial frente a las normas de la OMC. De tal forma, es posible concluir la improbabilidad de que la OMC aplique lo dispuesto en el Protocolo, más aún porque cuenta con una norma especial dentro de su organización para saldar este tipo de disputas como lo es el SPS.

A pesar de todo lo anterior, el Protocolo tiene una amplia eficacia simbólica y representa un gran avance en materia de regulación de comercio de transgénicos. En esta medida, independientemente de los grandes cambios que se tienen que dar a futuro para dotar de eficacia al principio de precaución y crear un verdadero organismo en el que se puedan ventilar las controversias relativas al comercio de productos genéticamente modificados, el Protocolo se configura como un gran aporte en la ardua tarea de armonizar la legislación comercial y ambiental en el ámbito internacional. En consecuencia este marco normativo logra recalcar, dentro del debate jurídico internacional, la importancia del principio de precaución dentro del derecho internacional y genera un empoderamiento jurídico de los países cuya posición divergente a la establecida por la OMC, buscan la sostenibilidad del comercio internacional.

Bibliografía

Normatividad internacional

SPS (SPS Agreement)

Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT Agreement)

Carta de las Naciones Unidas. Consultado en línea el 15 de octubre de 2010 en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0002.pdf>

Convenio sobre la Diversidad Biológica, Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.cbd.int/convention/about.shtml>

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro:1992.

Declaración Ministerial en la Ronda de Uruguay, MIN.DEC, 20 Sept. 1986, Parte I, Sección D Agricultura, (iii).

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Controversias (DSU)

Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad. Consultado en línea el 14 de octubre de 2010 en: <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf>:

Reglamento de la CIJ, Consultado en línea el 15 de octubre de 2010 en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

Doctrina

Baughen, Simon. *International trade and the protection of the environment*. Routledge. Cavendish. Taylor and Francis Group. London and New York. 2007.

Conti, Joseph A. *The Good Case: Decisions to Litigate at the World Trade Organization*. En:

- Law & Society Review, Volume 42, Number 1 (2008)
- Downes, David R. *Integrating Implementation of the Convention on Biological Diversity and the Rules of the World Trade Organization*. IUCN – The World Conservation Union 1999.
- Falkner, Robert. *Regulating Biotech Trade: The Cartagena Protocol on Biosafety*. En: International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1994-) Volumen 76, Número 2: Special Biodiversity Issue. Abril de 2001. Consultado en línea el 30 de septiembre de 2010 en URL: www.jstor.org
- Holmes, Peter. *The WTO and the EU: Some Constitutional Comparisons*, En: Sussex at Brighton Discussion Papers in Economics, Discussion Paper 78, Sussex, United Kingdom, 2001.
- Horn, H. and Mavroidis, P. *Economic and Legal Aspects of the Most-favored-nation Clause*, European Journal of Political Economy, 17, 2, 233–79., 2001.
- Isaac, Grant E. and Kerr, William A. *Genetically Modified Organisms and Trade Rules: Identifying Important Challenges for the WTO*. C Bow.If Publishing Lid 2003, 9600 Garipc. Road, o&d OX4 2DQ. UK aod. 350 Main See, Maldan, MA 0214, USA 29
- Jackson, John H. *The case of the World Trade Organization International Affairs* 84. En: Journal Compilation © Blackwell Publishing Ltd/ The Royal Institute of International Affairs, 2008.
- Koester, Veit. *The History Behind the Protocol on Biosafety and the History of the Cartagena Biosafety Protocol Negotiation Process* En: “Cartagena Protocol on Biosafety: From Negotiation to Implementation” Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.cbd.int/doc/publications/bs-brochure-02-en.pdf>
- Mayr, Juan. *Doing the Impossible: The Final Negotiations of the Cartagena Protocol*. En: “Cartagena Protocol on Biosafety: From Negotiation to Implementation” Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.cbd.int/doc/publications/bs-brochure-02-en.pdf>
- Newell, Peter y Mackenzie, Ruth. *The 2000 Cartagena Protocol on Biosafety: Legal and Political Dimensions*. En: Global Environmental Change. Volumen 10, Diciembre de 2000. Consultado en línea el 26 de septiembre de 2010 en: <http://www.sciencedirect.com>.
- Organización de las Naciones Unidas, *La Corte Internacional de Justicia: Preguntas y respuestas acerca del principal órgano judicial de las Naciones Unidas*. Publicación de las Naciones Unidas. Consultado en línea el 15 de octubre de 2010 en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf
- Organización Mundial del Comercio. WHO/SDE/PHE/FOS/00.6, WHO, Geneva, 2000). Consultado en línea el 10 de mayo de 2011 en: <http://www.fao.org/wairdocs/ae584e/ae584e04.htm#bm04>

- Parmeter, David and Mavroidis, Petros, C.. *Dispute Settlement in The World Trade Organization*. Cambridge University Press. United Kingdom, 2004.
- Pawelyn, Joost. *How to win a WTO dispute based on a non-WTO law?* En: *Journal of World Trade* 37(6), 2003.
- Pechota, V. *The quiet approach: A study of the good offices exercised by the Secretary General in the causa of peace*. Unitar 1972
- Peel, Jacqueline. *A GMO by Any Other Name . . . Might Be an SPS Risk!: Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement*. En: *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.5 © EJIL 2007
- Ramcharan, B. G.. *The Good Offices of the United Nations Secretary-General in the Field of Human Rights*. En: *The American Journal of International Law*, Vol. 76, No. 1 (Jan., 1982) Consultado en línea el 14 de octubre de 2010 en: <http://www.jstor.org/stable/2200978>
- Ramessar, Koreen., Capell, Teresa., Twyman, richard M., Quemada, Héctor., CHRISTOU, Paul. *Calling the tunes on transgenic crops: the case for regulatory harmony* .Received: 2 June 2008 / Accepted: 12 August 2008
- Safrin, Sabrina. *Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization*. En: *The American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 3 (Jul., 2002).
- Srinivasan, N. *The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives* Yale University, USA
- Sykes, A. O. (2005), *Public versus Private Enforcement of International Law: Of Standing and Remedy*, En: *Journal of Legal Studies*.
- Zedalis, Rex J. *Labeling of Genetically Modified Foods The Limits of GATT Rules*. En: *Journal of world Trade* 35(2): 301-347. 2001. © 2001 Kluwer Law international.
- Informes del OSD de la OMC**
- Órgano de Apelación, *Beef Hormone Case*, WT/DS26/AB/R, WT/DS47/AB/R: Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm
- Órgano de Solución de Controversias, *Beef Hormone Case*. WT/DS26/R/USA, WT/DS48/R/CAN. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm
- Órgano de Solución de Controversias, Estados Unidos – Anti Dumping Act 1916, WT/DS136/AB/R/WT/DS162/AB/R adoptado el 26 de septiembre de 2000, DRS 2000:X, 4793, pág. 52
- Órgano de Solución de Controversias, *Medidas que afectan la comercialización y aprobación de productos biotecnológicos*, WT/DS392/R/CAN, WT/DS291/R/USA. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm