

COMENTARIOS AL ARTÍCULO “LA ‘POLINIZACIÓN CRUZADA’ EN
LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN LOS
CASOS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE”
DE BRADLY J. CONDON

*Perla Buenrostro Rodríguez**

En el Derecho de la OMC, en el derecho económico internacional y en el derecho internacional, cada vez más se requerirá recurrir a las interpretaciones judiciales de otros regímenes jurídicos, o de otros acuerdos abarcados en el caso de la OMC, para efectuar un análisis cabal y ‘útil’ de las normas en cuestión. Sin embargo, este ejercicio de ‘polinización cruzada’ como argumenta el autor, no está exento de importantes retos y consideraciones minuciosas en el sistema multilateral de comercio.

I. Observaciones preliminares

El autor presenta una recopilación muy completa de las implicaciones y las interrogantes de tipo ambiental vigentes en el Derecho de la OMC y en su sistema de solución de diferencias. Su trabajo consiste en un estudio muy organizado sobre el análisis de los informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación en relación al marco legal para la protección del medio ambiente en la OMC, como el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), el Artículo XX del GATT y los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF).

Entre los cuestionamientos que aborda el autor se encuentran: ¿Se pueden utilizar los procesos y métodos de producción (PMP) como un criterio para determinar la similitud de productos?; ¿son aplicables las excepciones del Artículo XX del GATT a los otros acuerdos abarcados?; ¿cuál es la diferencia entre el alcance del párrafo b) y el párrafo g) del Artículo XX del GATT?; ¿cómo debe interpretarse el Acuerdo SMC, el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF con relación a las medidas ambientales?; y ¿cuál debe ser el enfoque válido para revisar los subsidios ambientales en el marco del Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC?

Ciertamente estas son preguntas que continúan abiertas, y que en los próximos años podrán resolverse en la OMC bien por la vía cuasi jurisdiccional o bien por la vía de la

* Directora Editorial de las publicaciones Puentes producidas por ICTSD y CINPE. Abogada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (*summa cum laude*) y Maestra en Derecho Internacional por el *Graduate Institute of International and Development Studies* de Ginebra, Suiza. Perla ha trabajado en las Misiones de México y Chile ante la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y más recientemente en la Práctica Ambiental y de Recursos Naturales de la firma Baker & McKenzie. También fungió como investigadora en el Centro de Derecho Económico Internacional y en el Departamento de Estudios Internacionales del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), y fue editora adjunta de la Revista de Derecho Económico Internacional, que cuenta con la Cátedra OMC. Actualmente trabaja para ICTSD vía remota desde la Cd. de México.

negociación. Aunque parece que la primera opción es más factible debido al dinamismo del sistema de solución de diferencias de la OMC y la satisfacción generalizada entre sus usuarios frente a un proceso de toma de decisiones que involucra a más 150 Miembros.

En esta reflexión, hay que matizar que la OMC es todavía un régimen joven, en formación, con poco más de 15 años de vigencia, por lo que seguramente será capaz de brindar respuestas más o menos idóneas, más o menos exitosas a estas cuestiones tan trascendentales pues su evolución es constante. Otra discusión no menos importante versa sobre la oportunidad de sus decisiones, pues en los últimos años hay una tendencia creciente a iniciar casos en la OMC con un trasfondo ambiental¹. Convendría por lo tanto tomar decisiones o directrices que propicien una mayor consistencia en la forma de interpretar este régimen ‘auto-contenido’, lo que probablemente ocurrirá en su sistema de solución de diferencias, donde el papel del Órgano de Apelación se estima casi vital y equilibrante.

En este análisis también debe mencionarse que la falta de un mecanismo de solución de controversias efectivo en materia ambiental internacional, vuelve a la OMC en el foro idóneo para que en última instancia se evalúen supuestas o auténticas políticas destinadas a proteger la vida, la salud, el medio ambiente y los recursos naturales agotables. La condición inequívoca para la intervención de la OMC, como es sabido, es que las controversias se refieran a aspectos comerciales comprendidos por el GATT y/o los acuerdos abarcados.

El Profesor Condon hace una exposición muy concienzuda en su artículo sobre cómo las interpretaciones avaladas en el marco del GATT sobre protección al medio ambiente han sido referidas en los acuerdos abarcados, y hasta qué punto esa ‘polinización’ ha sido útil en cada caso particular. En el presente comentario, no obstante, prefiero enfocarme en los dos temas que encuentro más atractivos en su disertación, sobre todo por su contenido polémico: los procesos y métodos de producción y la aplicación del Artículo XX del GATT como excepción viable a los acuerdos abarcados.

II. La vuelta de los procesos y métodos de producción

El artículo del Profesor Condon dedica un espacio considerable a desarrollar si los procesos y métodos de producción (PMP), y por lo tanto los efectos ambientales adyacentes, son pertinentes en el análisis de similitud de productos a la luz del GATT y de otros acuerdos abarcados. Su respuesta es que sí, y que los mismos podrían formar parte del criterio sobre las preferencias de los consumidores cuando se examina la relación de competencia entre dos productos.

¹ A marzo de 2012, cuando se terminó de redactar este comentario, se identifican las siguientes disputas con consideraciones ambientales importantes: *Estados Unidos – Atún II (México)*, *China – Materias primas*, *CE – Productos derivados de la foca*, *Canadá – Energía renovable*, *China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica*, *Ucrania – Aguardientes*, *China – Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*.

Matiza, no obstante, que los PMP podrían jugar un papel importante cuando éstos se relacionan con el producto como tal o cuando afectan la calidad del mismo, como ocurrió en los casos de *CE – Amianto* y *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, o parcialmente en *Estados Unidos – Atún II (México)*. En esta última disputa, apunta correctamente el autor, el Grupo Especial sí determinó que el consumidor estadounidense distingue entre atún inocuo y no inocuo para los delfines, pero no tenía evidencia suficiente para afirmar que había una diferencia entre el producto procedente de distintos Miembros².

Aunque justifica y argumenta su postura, el Profesor Condon no deja de ser provocativo, pues una vertiente de los estudiosos del comercio internacional afirman casi categóricamente que no se debe discriminar entre productos con base en los procesos y métodos de producción a la luz del Derecho de la OMC³. En otras palabras, Condon parece abrir la puerta en su trabajo para que consideraciones ambientales, más allá de aspectos de salud⁴, como lo ocurrido en el caso de *CE – Amianto*, sean un factor determinante para que ciertos productos no sean similares, y por lo tanto ni el Principio de Trato Nacional ni de Nación Más Favorecida sean aplicables a esa evaluación. Esa propuesta es aventurada y aviva un debate de larga data entre países desarrollados y en desarrollo, y la disyuntiva entre avanzar hacia un sistema más armónico, integrado, e ideal⁵ o seguir actuando según las reglas actuales del juego.

El Profesor Condon subraya que la relación competitiva entre productos no debe ser estática, por lo que consideraciones ambientales que hoy se repelen en el discurso y en el sistema de solución de diferencias, podrían tener cabida en el futuro. La misma reflexión es factible sobre el respeto de los derechos de humanos y de los niños en el análisis de similitud de productos. Sin embargo, todavía es muy temprano para ese estadio en el sistema multilateral de comercio, aunque nada excluye que luego los Miembros decidan caminar hacia esa dirección.

Otro de los aspectos relevantes del artículo comentado es si el concepto de “productos similares” puede interpretarse de la misma manera en el artículo III:4 del GATT, el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y el Acuerdo SMC, de manera que los PMP que no afectan al producto como tal sean un aspecto de peso en ese análisis.

En tal sentido, el autor señala que el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* primeramente dijo que esto no era factible, pero luego sí recurrió a los

² Condon, Bradley J., “La ‘polinización cruzada’ en la interpretación de los acuerdos de la OMC en los casos de comercio y medio ambiente”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 2 Número 1, ITAM, marzo de 2012, p. 6. El artículo está disponible en la siguiente liga: http://dei.itam.mx/archivos/articulo3/segundo_articulo_marzo.pdf

³ Condon cita a Gabrielle Marceau y Patrick Low en su artículo (Low, P., Marceau, G. y Reinaud, J., “*The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues*”, WTO Staff Working Paper ERS-2011-1, 12 de enero de 2011, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201101_e.pdf, p. 2.), pero no son los únicos autores que lo dicen.

⁴ La salud ha sido reconocida en la OMC como un valor muy importante desde el caso *CE – Amianto*. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 167-168 y 172.

⁵ Véase el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Las Partes hablan de elevar los niveles de vida, lograr el pleno empleo, entre otros objetivos, respetando el uso óptimo de los recursos con el objetivo de un desarrollo sostenible y preservando el medio ambiente.

cuatro elementos del artículo III:4 del GATT en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Finalmente el Grupo Especial concluyó que los PMP pueden repercutir sobre la relación de competencia entre productos, aunque no tuvo elementos para afirmar que no eran productos similares⁶. Ese informe fue apelado por México, pero no respecto al criterio de similitud de productos por razones obvias⁷. Será interesante por lo tanto ver cómo en casos futuros el Órgano de Apelación decidirá si aspectos ambientales puede ser recogidos para determinar que dos productos no son similares. En el Acuerdo OTC la consecuencia sería que los reglamentos técnicos podrían tratar de manera diferente a productos que no sean similares. El temor y la oposición de muchos Miembros de la OMC por las posibles repercusiones comerciales y la pérdida de oportunidades ciertamente no sería menor.

La misma reflexión aplica para el Acuerdo SMC, advierte Condon, pues una subvención ambiental específica podría no ser recurrible debido a que se concluya que no se trata de productos similares en el contexto de ese propio Acuerdo⁸. En el caso *Canadá – Programa de tarifas reguladas* que apenas está siendo analizado por un Grupo Especial, la Unión Europea alega que dicho programa es una subvención prohibida y formula un argumento bajo el artículo III:4 del GATT⁹. Queda entonces la interrogante sobre si tanto en las subvenciones recurribles o prohibidas las constataciones puedan ser diferentes debido a que se tomen en cuenta los procesos y métodos de producción que no afectan a los productos como tales.

III. El Artículo XX del GATT como excepción válida para los acuerdos abarcados

El artículo también aborda de forma extensa y meticulosa la jurisprudencia desarrollada bajo el amparo del párrafo b) y el párrafo g) del Artículo XX del GATT. Distingue con precisión, por ejemplo, que mientras el párrafo b), dirigido a proteger la salud y la vida de las personas y los animales, abarca cuestiones de competencia nacional, el párrafo g), sobre la conservación de recursos naturales agotables, comprende aspectos transfronterizos con la excepción de los recursos minerales.

La parte más interesante de su análisis versa sobre si la excepción del Artículo XX del GATT es o no procedente para apartarse de la letra y las obligaciones de los acuerdos abarcados de la OMC. Condon parece concluir que esto no es posible, particularmente para el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, pues ambos cuerpos normativos ya incorporan el lenguaje de los párrafos b) y g) del Artículo XX así como su cláusula introductoria. Pero sugiere un análisis caso por caso.

La disyuntiva surge debido a que la jurisprudencia ha determinado que los dos acuerdos se aplican de manera acumulada. Por esta razón, y parafraseando a Marceau y Trachtman¹⁰

⁶ Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 6, en relación al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.249.

⁷ *Estados Unidos – Atún II (México)*, notificación de apelación, WT/DS381/11, 27 de enero de 2012.

⁸ Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 6.

⁹ *Canadá – Programa de tarifas reguladas*, solicitud de establecimiento de un grupo especial, WT/DS426, 10 de enero de 2012.

¹⁰ Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 23.

en el artículo de Condon, puesto que los requerimientos del Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF son más rigurosos que el Artículo XX del GATT, se debe crear una presunción de conformidad de la medida en cuestión con la excepción referida. No obstante, la misma lógica no es evidente en sentido contrario. Es decir, una medida que esté justificada bajo el Artículo XX del GATT podría no pasar la prueba del Acuerdo OTC o del Acuerdo MSF, y por lo tanto ser declarada incompatible con el Derecho de la OMC.

El Profesor Condon habla del principio de ‘efecto útil’ de interpretación de tratados bajo la Convención de Viena para defender que no hay norma estéril o redundante. En el caso del Acuerdo MSF, por ejemplo, la incorporación del lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del Artículo XX del GATT evidencia la intención de los Miembros de que no se pueda aducir el Artículo XX del GATT como excepción al Acuerdo específico. Apoya su dicho en la resolución del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*¹¹ y en las pocas probabilidades de que el Artículo XX del GATT pueda subsanar las inconsistencias bajo el Acuerdo MSF¹².

Un reciente trabajo de Aldo González Melo aborda este aspecto poco estudiado en el debate académico y todavía no resuelto en la jurisprudencia de la OMC¹³. Su tesis es que la presunción del artículo 2.4 del Acuerdo MSF, que establece que las medidas sanitarias y fitosanitarias conformes con el Acuerdo MSF están en línea con el Artículo XX del GATT, en particular el apartado b), puede ser revertida si se invoca cualquier excepción del mismo Artículo XX. Detalla que las disposiciones de ambos ordenamientos no son equivalentes, por lo que debe existir la posibilidad de desvirtuar dicha presunción usando otra excepción.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial, comentan Condon y luego González Melo, no aclaró si sería posible justificar una violación del Acuerdo MSF bajo el Artículo XX cuando no haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5¹⁴. Ni tampoco dijo si podría recurrirse a otra excepción del Artículo XX a pesar de que la medida haya sido declarada incompatible con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF, como sucedió en esa disputa¹⁵. Sin embargo, dicho informe no fue apelado, ni de momento se está presentando este argumento en otras disputas, razón por la cual se continuará en un estado de incertidumbre que a la vez permite nuevas interpretaciones.

González Melo estima que siempre existe la opción de recurrir a la excepción del Artículo XX a) sobre moral pública, que constituye una herramienta eficaz, pues fue avalada en el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. En ese orden de ideas, lo mismo sería factible respecto a cualquiera de las otras excepciones del Artículo XX, sobre todo considerando que algunas de ellas nunca han sido analizadas en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

¹¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.479.

¹² Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 27.

¹³ González Melo, Aldo, “El Acuerdo MSF y su relación con el Artículo XX del GATT”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 2 Número 2, ITAM, junio de 2012, p. 37-62. El artículo está disponible en la siguiente liga:

http://dei.itam.mx/archivos/REVISTA_JUNIO_2012/segundo_articulo_junio_2012.pdf

¹⁴ Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 26.

¹⁵ González Melo, Aldo, *op. cit.*

Las mismas conjeturas y preguntas ocurren en el Acuerdo OTC, pero a diferencia del Acuerdo MSF, no existe una presunción de compatibilidad a combatir. Sin embargo, debido a que el Acuerdo OTC incorpora únicamente el lenguaje del párrafo b) y el preámbulo del Artículo XX del GATT, todas las demás excepciones podrían ser válidas para separarse de las obligaciones del Acuerdo OTC.

A pesar que de momento estas interpretaciones sean solamente una sugerencia, podría ser una defensa no menor en un caso futuro. Con extraordinarias dificultades los Miembros podrían apoyar este enfoque, pues se podría correr el riesgo de que la aplicación del Artículo XX del GATT no tenga mayores límites y desencadene un uso abusivo.

El caso de China es remarcable, pues mientras que en el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales* el Órgano de Apelación determinó que el demandado sí tenía derecho a invocar la excepción del Artículo XX a) del GATT, en *China – Materias primas* negó esa vía, según ya lo había advertido el Grupo Especial¹⁶. En ninguno de esos casos el máximo tribunal de la OMC precisó si sería procedente recurrir a ese argumento en el resto de los acuerdos abarcados; ambas disputas versaron sobre el Protocolo de Adhesión de China.

Como argumenta Condon, tampoco no está del todo claro si una subvención ambiental ya declarada inconsistente con el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura podría subsistir bajo el Artículo XX del GATT. El autor sugiere un análisis caso por caso, pero enfatiza que aunque el artículo 8 del Acuerdo SMC, que hablaba sobre las subvenciones ambientales, ya no esté en vigor, los negociadores desarrollaron excepciones y un lenguaje particular para ese propósito pero no incorporaron la referencia al Artículo XX del GATT. Precisarón cuáles serían los supuestos excluidos de acción bajo las Partes III (artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura) y V (artículos 8 y 10 del Acuerdo SMC) del Acuerdo SMC, por lo que sería muy aventurado dar carta abierta al Artículo XX como escapatoria o último recurso en una defensa, explica el autor.

Es cierto que lo más recomendable es hacer un análisis metódico caso por caso, pero al igual que ocurre con los Acuerdos MSF y OTC, no está claro completamente si la aplicación del Artículo XX del GATT al Acuerdo SMC está totalmente excluida, pues se puede argumentar extensamente en ambos lados del debate.

IV. Reflexiones finales

Desde un punto de vista más sistémico, durante el Primer Congreso de Cátedras OMC pregunté si la OMC debe ser uno de los únicos foros donde se diriman disputas ambientales y por qué, y si su sistema de solución de controversias debe seguir absorbiendo esa responsabilidad. El Profesor Condon respondió que la OMC seguirá interviniendo y adjudicando lo necesario pues tiene competencia en materia de comercio y medio ambiente.

¹⁶ Condon, Bradley, J., *op. cit.*, p. 40.

La proliferación de disputas de tipo ambiental en la OMC evidencia el creciente número de políticas públicas orientadas a proteger el medio ambiente o mitigar el cambio climático que pueden tener un impacto en el comercio internacional. También vuelve a exaltar la importancia del sistema de solución de diferencias de la OMC como garante del equilibrio entre los derechos y las obligaciones de sus Miembros.

La ‘polinización cruzada’, o echar mano de las interpretaciones de otras normas o Acuerdos de la OMC para encontrarle sentido adecuado a determinadas disposiciones, es un fenómeno necesario y que seguirá sucediendo en la medida que el Derecho de la OMC siga evolucionando. Este ejercicio, sin embargo, amerita cuidados extremos, sobre todo porque las interpretaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se insertan en un contexto donde hay diferentes grados de desarrollo entre países y donde el balance de los acuerdos de la Ronda Uruguay es altamente delicado. La posible inclusión de los PMP en el análisis de similitud de productos y recurrir a la defensa del Artículo XX del GATT para los acuerdos abarcados ilustran parte de ese cuidado necesario.