

Armonizar entre libre comercio y protección al medio ambiente:

¿ES EL ARTÍCULO XX DEL GATT LA HERRAMIENTA ADECUADA PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL MEDIO AMBIENTE EN LA OMC?*

LUZ HELENA BELTRÁN GÓMEZ
luceorama@gmail.com

RESUMEN

El Artículo XX del GATT (General Agreement on Trade and Tariffs - Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio) contiene las excepciones generales al acuerdo, su aplicación ha sido polémica en el sentido de que los tiempos exigen nuevas interpretaciones de viejas normas. Ello en razón a que estas interpretaciones pueden llegar a ser lejanas del texto, así como del espíritu inicial de las excepciones consagradas en un principio. Estas excepciones fueron escritas en respuesta a necesidades e intereses diferentes de los que hoy son esenciales. Dichos intereses tienen que ver en especial con el detrimento ecológico que crece de manera exponencial a escala global.

Entender la OMC (Organización Mundial del Comercio) como un mero facilitador del comercio que desconoce otras áreas es inane. Hay asuntos que no están directamente relacionados con el comercio en su propósito prístino (intercambio de bienes y servicios), pero que se ven afectados por el comercio de manera significativa. Para que la OMC se ajuste a los tiempos que corren y

a las circunstancias actuales, esos asuntos deben ser tenidos en cuenta.

Es pues, necesario asegurar que las normas del comercio —establecidas en el GATT y ejecutables en la OMC— envíen un mensaje positivo al público en términos de los temas de importancia actual, tales como las preocupaciones ecológicas y la defensa de los derechos humanos.

La pregunta que este texto busca resolver es si es necesario adaptar viejas reglas a las demandas ambientales, por medio de la interpretación hecha por los Paneles en el sistema de Solución de Disputas de la OMC; o si alternativamente se deben introducir nuevas reglas que sean más claras, específicas y fundamentadas en el problema ambiental.

En especial, serán estudiadas y analizadas las raíces del Artículo XX de GATT y el precedente jurisprudencial producido antes y después de la ronda de Uruguay¹. El objetivo de dicho análisis es descubrir si el Artículo XX realmente ofrece un marco para ventilar el conflicto entre los intereses ambientales y los del libre comercio², o si es una norma obsoleta³ y lo más conveniente

es producir una normatividad más fresca, que tenga como objetivo específico proveer dicho foro.

Palabras clave: GATT, OMC, Nación Más Favorecida, medio ambiente, multilateralismo.

I. EL ARTÍCULO XX DEL GATT Y EL PROBLEMA AMBIENTAL ANTES Y DESPUÉS DEL ESTABLECIMIENTO DE LA OMC

Para entender las implicaciones de la actual regulación del artículo XX, es importante visualizar el significado que se le ha dado en diferentes momentos a la norma existente.

El GATT, fue concebido originalmente como un acuerdo para facilitar el comercio. Por lo tanto, las preocupaciones ambientales no fueron parte de la agenda que le dio origen al texto actual. No obstante, las excepciones a los artículos I, III y X (principios de Nación Más Favorecida y Trato Nacional) contenidos en el artículo XX, especialmente en los literales (b) y (g), sugieren que de alguna manera ciertos intereses ambientales fueron cubiertos por el acuerdo (a pesar de ser ignorados en el resto del tratado).

Los conceptos de desarrollo sostenible, calentamiento global y especies en peligro de extinción estaban muy lejos de ser siquiera imaginados por los negociadores del GATT (en 1949). Por el contrario, ellos se concentraron en la liberalización de los mercados para superar una crisis económica mundial. Sin embargo, en tiempos más recientes, el acuerdo que dio paso a la OMC (en 1994) incluyó un leve cambio al preámbulo del GATT dando a entender que se ha tenido en cuenta el *desarrollo sostenible* como uno de los objetivos de la OMC⁴.

El problema ambiental, fue virtualmente ignorado hasta que el caso Atún/Delfines

fue llevado ante un panel del GATT en 1991. Este caso inició un agitado debate que ha impulsado avances hacia la "ecologización" del GATT. Antes de dicho caso, los asuntos ambientales no estaban en la agenda, excepto por algunos comentarios abstractos que indicaban que el comercio aumentaría las actividades económicas, lo cual llevaría a un crecimiento de la contaminación, y por lo tanto, el libre comercio debería ser evitado⁵. Estos argumentos, esgrimidos por ambientalistas que buscaban la imposición de altos estándares ambientales en el plano internacional, no fueron tenidos en cuenta en su momento porque podrían llegar a ser "un serio obstáculo al libre comercio"⁶. Adicionalmente, las medidas ambientales fueron vistas por los comerciantes como "barreras escondidas que impedirían el libre flujo del comercio"⁷, y fueron rechazadas como proteccionistas y discriminatorias.

Solo hasta el surgimiento del caso Atún/Delfines, las cuestiones ambientales fueron entendidas como un problema serio y práctico que requiere una solución urgente. Las discusiones sobre el rol del comercio (y de la OMC como la autoridad internacional del comercio) en el desarrollo sostenible y la protección ambiental han comenzado y la posición de la OMC está fuertemente cuestionada.

Después del caso Atún/Delfines, y desde la creación de la OMC, algunos, pero no muchos, casos sobre el tema han sido llevados al Organismo de Solución de Controversias. Estos casos modificaron la interpretación dada anteriormente al art. XX en materia de disputas ambientales.

La jurisprudencia posterior al establecimiento de la OMC, cambia algunas de las interpretaciones iniciales del Art. XX y deja un precedente con el cual es posible trabajar.

Sin embargo, algunos aspectos, como el de la jurisdicción hasta donde se extiende la protección ambiental (entre otros temas), son evitados por esta *jurisprudencia*. Dicho fenómeno conduce a la incertidumbre de la interpretación de la excepción y pone un peso enorme en los hombros de los panelistas. Dicha carga existe porque, en esta situación, los panelistas no solo deben interpretar la excepción contenida en el Artículo XX, sino también justificar las razones por las cuales la interpretación que ellos ofrecen es la más conveniente entre las muchas posibilidades.

Los puntos clave de este tema serán investigados para establecer si, en efecto, el artículo XX contiene un marco de trabajo que facilite la solución los conflictos entre los intereses ambientales y los del libre comercio.

II. JURISPRUDENCIA REFERIDA AL TEMA DEL MEDIO AMBIENTE:

2.1 El caso Atun/ Delfines

A. Hechos

Los Estados Unidos de América implementaron la norma interna "Marine Mammal Protection Act 1972" (Ley de protección de mamíferos marinos), permitiendo únicamente la importación de *atún amigable con los delfines*. Esto restringió las importaciones de Atún pescado de manera que produjera muertes de delfines.

Después de solicitar consultas en noviembre de 1990, México solicitó la constitución de un panel con base en las provisiones del Art. XXIII del GATT⁸. México alegaba que los Estados Unidos habían incumplido el art. XI del GATT debido a la

discriminación abierta que practicaban entre productos idénticos, en este caso, el atún amigable con los delfines y el atún pescado de maneras convencionales.

B. El reporte del Panel

El panel encontró que, de hecho, los Estados Unidos estaban incumpliendo el GATT. También afirmó que no es admisible invocar las excepciones del Artículo XX porque este no cubría la restricción indebida impuesta por los estados Unidos

a. El problema de la jurisdicción

Para comenzar, debe quedar claro que la interpretación dada en el caso Atún/Delfines sobre la aplicación del art. XX (b) y (g), establece que la competencia de los países para aplicar las excepciones del Artículo XX se restringe a su jurisdicción. En otras palabras, el panel estableció que los países no pueden invocar las excepciones mencionadas si los recursos naturales que intentan proteger no se encuentran dentro de la jurisdicción nacional. Sin embargo, el panel aclaró que el principio de extraterritorialidad puede ser aplicado, y que la restricción sólo se limita al uso de medidas extra jurisdiccionales por parte de las autoridades nacionales que intenten reglamentar políticas ambientales extranjeras.

b. La distinción producto-proceso y el principio de Nación Mas Favorecida

Sin embargo, el razonamiento principal del Panel, señaló que la diferenciación entre productos por el proceso por medio del cual se han obtenido, *incumple* el GATT por-

que discrimina entre productos nacionales y extranjeros que *son idénticos*.

Más precisamente, el panel dijo que el "Artículo III: invita a una comparación del tratamiento del atún importado como producto con el tratamiento del atún doméstico como producto. Las regulaciones que gobiernan la captura incidental de delfines no podrían afectar el atún como producto, por lo tanto, el Artículo III: obliga a los Estados Unidos a dar al atún mexicano un tratamiento no menos favorable que aquel dado al atún de los Estados Unidos, aun a pesar de que la captura incidental de delfines por parte de las redes mexicanas no corresponda a aquella llevada a cabo por las redes estadounidenses"⁹.

La lógica presente en el anterior razonamiento, estaba presente en casos anteriores como el de los *Subsidios Familiares Belgas*¹⁰, en el cual el Panel encontró que la prohibición de importar productos idénticos, pero que fueron producidos de una cierta forma (en este caso sin pagar subsidios familiares) incumplía el Artículo I del GATT y que los países no pueden "discriminar entre productos similares sobre la base de distinciones en las condiciones de producción de los diferentes países"¹¹.

La decisión en el caso Atún/ Delfines fue coherente en este aspecto con el texto de la norma y las anteriores interpretaciones del principio de Nación Más Favorecida, contenido en el artículo I del GATT. Esta decisión reforzó la idea de que es incorrecto discriminar los productos finales con base en la forma como estos fueron producidos, siempre que los productos sean idénticos o similares. En síntesis, los ambientalistas no pueden escoger el camino de las prohibiciones unilaterales de productos no ecológicos, porque es evidente que esta conducta

siempre violará el principio de Nación Más Favorecida (desde el caso Atún/delfines e incluso anteriores jurisprudencias).

c. La interpretación del Artículo XX del GATT

El panel dio una interpretación siguiendo un método específico. Este método consiste en la evaluación de la conducta del supuesto país infractor, realizando inicialmente el test del *chapeau*¹², y luego examinando si la conducta del país acusado se ajusta a alguna de las condiciones listadas en los subpárrafos (literales (b) y (g)). No obstante, como se verá más adelante, el Cuerpo de Apelaciones en el caso Camarón/Tortuga, cambió esta forma de interpretación con el fin de convertir el artículo XX en una herramienta más útil frente a los problemas ambientales.

Es importante resaltar que el concepto de *necesidad* contenido en el artículo XX, fue interpretado de manera restrictiva por los paneles. Dicha actitud indujo a que las autoridades del comercio internacional fueran percibidas como injustas para el ambiente, porque prácticamente hablando, una medida que proteja el ambiente nunca sería lo suficientemente necesaria para ser cubierta por la excepción del artículo XX.

Se estableció que para aplicar una medida invocando la excepción de acuerdo con el *chapeau* del artículo XX, se deben tener en cuenta dos requisitos. "Primero, la medida no debe discriminar arbitraria o injustificadamente entre países donde las mismas condiciones prevalecen. Segundo, la medida no debe ser una "restricción disfrazada" del comercio"¹³. Una interpretación estricta del concepto de necesidad hace casi imposible cumplir con los dos requisitos mencionados.

d. Los resultados

Es menester mencionar que el Reporte del Panel no fue adoptado inicialmente debido a las negociaciones del NAFTA (North American Free Trade Agreement-Tratado de Libre Comercio de América del Norte)¹⁴, acuerdo multilateral en el cual México estaba involucrado y altamente interesado.

Después de los procedimientos iniciales y de la no adopción del Reporte, la Comunidad Europea inicio una segunda queja, alegando que se estaba produciendo un *segundo embargo de intermediarios* en los países que compraban atún o productos derivados del atún a México o a otros países que no cumplían con los requerimientos estadounidenses. Un segundo Panel estudió el caso y llegó a la misma conclusión que el primer Panel, es decir, que la aplicación del embargo al atún mexicano o a sus productos derivados, incumplía el art. III y que la excepción del artículo XX no cubría dichas acciones.

Finalmente, el reporte del caso Atún/Delfines fue duramente criticado porque dejó el problema ambiental sin solución, demostró poca preocupación frente a los problemas ecológicos e inició el debate sobre la conveniencia del activismo judicial. Este debate se ha tornado más acuciante con el desarrollo de los casos subsiguientes. "Exiguamente parafraseado, el último párrafo de Atún/ delfines I dice: reconocemos que hay un problema sobre como el ambiente y la cuestión del proceso (de producción) se relacionan y como las características del proceso (de producción) deberían ser aplicadas en este contexto. No creemos apropiado para un Panel o "tribunal judicial" intentar resolver eso. Esto realmente debería ser resuelto por los negociadores en una variedad de formatos"¹⁵.

Como conclusión del caso, y en particular del análisis practicado al artículo XX, se podría afirmar que "El GATT no provee una forma simple y clara para resolver los conflictos entre la protección al medio ambiente y el libre comercio"¹⁶.

Es importante recordar que este caso fue desarrollado en su totalidad antes del establecimiento de la OMC y el Órgano de Solución de Controversias; por lo tanto, los procedimientos carecieron del soporte institucional ofrecido en casos futuros, como el caso Camarón/Tortugas en el que nuevas interpretaciones aparecerían en el intento de convertir al GATT en un tratado "ecológicamente responsable" sin modificar el texto de las provisiones existentes.

2.2. El caso Camarón/Tortugas

A. Hechos

Estados Unidos de América, en cumplimiento con La ley de Especies en Peligro de extinción de 1973, expidió una regulación en la que exigía que los barcos estadounidenses utilizaran artefactos que excluyeran a las tortugas marinas, durante la recolección de camarón dentro del territorio estadounidense. Dicha norma buscaba proteger a las tortugas marinas, debido a que estos animales se encuentran clasificados como especies en peligro de extinción, de acuerdo con la Convención sobre Comercio Internacional de Especies de Fauna y Flora Salvaje en Peligro (CITES)¹⁷. En 1991, los Estados Unidos prohibieron la importación de camarón que hubiera sido atrapado sin el uso del mencionado artefacto.

Algunos países adoptaron regulaciones para cumplir con los requisitos de EEUU, y EEUU expidió certificados para indicar que la

importación de camarón proveniente de los países certificados estaba permitida. En otras palabras, la importación de camarón no "certificado" por los Estados Unidos como "Seguro para las Tortugas" estaba prohibida.

En 1996 India, Pakistán, Malasia y Tailandia iniciaron una demanda ante la OMC contra EEUU, alegando el incumplimiento del Art. XI del GATT por la prohibición de las importaciones de camarón no certificado por EEUU y que no cumpliera con los requisitos establecidos en la normativa estadounidense. Entre otros, los argumentos de los países demandantes resaltaban que el camarón no es una especie en peligro de extinción, y que los EEUU estaban discriminando entre productos idénticos, esto es, entre camarón atrapado con el artefacto protector de las tortugas y camarón atrapado sin dicho artefacto.

B. Las conclusiones del Panel

El panel decidió que Estados Unidos estaba incumpliendo con el GATT y que su conducta no estaba cubierta en las excepciones del Artículo XX. Esta vez, Estados Unidos tenía la posibilidad de apelar y lo hizo recurriendo al Cuerpo de Apelaciones.

a. Multilateralismo

El Cuerpo de Apelaciones hizo algunas consideraciones que son interesantes para el futuro de éste asunto en la OMC. Primero, favorecieron el multilateralismo al momento de aplicar medidas de protección al medio ambiente, en oposición al unilateralismo. Esto es claro en el razonamiento expuesto por el Cuerpo de Apelaciones, en el que afirman que EEUU debió haber buscado soluciones multilaterales para desarrollar la

protección de las tortugas marinas, en vez de aplicar una medida unilateral tan estricta como prohibir todas las importaciones de camarón que no cumplieran con los requisitos señalados por ese país. Los Estados Unidos discriminaron porque les ofrecieron a otros países métodos, términos y facilidades para adoptar medidas de protección a las Tortugas Marinas, al tiempo que aplicaban estrictamente sus regulaciones a los países demandantes sin haberles permitido la oportunidad de adaptarse de manera razonable¹⁸. Las acciones unilaterales como la que es objeto de estudio en el presente escrito, son consideradas por la EEUU una "amenaza al sistema de comercio multilateral"¹⁹.

b. La nueva Interpretación del Art. XX del GATT

En segundo lugar, el cuerpo de apelaciones se refirió *in extenso* a la interpretación del Artículo XX y concluyó que la lectura correcta de este artículo consistía en identificar primero la sub cláusula aplicable para posteriormente estudiar si esa circunstancia cumplía con los requisitos del *chapeau* ya mencionados. Esta interpretación dificultaría aun más el uso indebido del art. XX con el fin de encubrir medidas proteccionistas.

En el caso *Camarón/Tortugas* se afirmó que si bien Estados Unidos estaba frente a una situación que se acomodaba al contenido de las sub clausulas (b) y (g), estaba violando el *chapeau* porque las medidas unilaterales fueron tomadas de manera arbitraria y discriminatoria en el sentido que EEUU "no cumplió con estándares de debido proceso"²⁰ al aplicar sus regulaciones a países extranjeros. Adicionalmente, las regulaciones fueron encontradas como *injustificadas* porque EEUU no negoció de forma similar con

todos los países y aplicó diferentes periodos de implementación a países que compartían condiciones similares²¹.

Otro asunto que fue tratado por el Cuerpo de Apelaciones y que es importante para los problemas ambientales, fue la aclaración sobre la noción de recursos naturales *extinguibles* contenida en el sub párrafo (g) del art XX. Hasta el caso Camarón/Tortugas, este concepto era confuso. Se consideraba que el concepto de recursos extinguidos se refería únicamente a recursos naturales no renovables tales como minerales, petróleo y metales. No obstante la confusión, este caso aclaró que los recursos renovables también pueden ser extinguidos, esta nueva categoría incluye en especial los recursos naturales vivos y no vivos contenidos en los Acuerdos Ambientales Multilaterales²².

La decisión del Cuerpo de Apelaciones fue criticada por los comentaristas porque dicho cuerpo estudió y decidió aspectos de hecho que no habían sido considerados por el Panel²³. El Cuerpo de Apelaciones ha institucionalizado esa práctica desde casos previos como el de Gasolina Reformulada²⁴ para evitar decisiones *non liquet*, es decir, para evitar la denegación de justicia en casos que requieren un estudio extendido de los hechos a los que el Panel no se hubiera referido. Sin embargo, en el caso de maras, los críticos consideraron que el Cuerpo de Apelaciones fue demasiado lejos, no solo explorando aspectos jurídicos diferentes de los estudiados por el Panel, sino también realizando indagaciones de los hechos²⁵.

c. El mensaje enviado

El Cuerpo de Apelaciones fijó una posición estricta a favor del multilateralismo. En el aspecto ambiental, esta decisión fue un paso

adelante para entender como las provisiones del art. XX pueden actuar como marco donde sea posible hallar soluciones al problema medioambiental, y cuál es el límite de su alcance. No obstante, a pesar de las consideraciones legales, la decisión final de este caso dejó una sensación de decepción tanto en los defensores del medio ambiente, como en los comerciantes porque ninguno de los intereses que ellos representan fue defendido de manera contundente.

III. CONCLUSIONES

Los dos casos analizados y otros casos relevantes para el problema bajo estudio²⁶, ofrecen interpretaciones que permiten continuar trabajando con el art. XX. Lo anterior incluye una interpretación que da relevancia al chapeau del art. XX y permite que se estudie si las medidas han sido arbitrarias, aun después de haberlas examinado frente a los subpárrafos y haber encontrado que éstas se adaptan a las definiciones allí contempladas.

Sin embargo, esta interpretación no es conveniente para los intereses ambientales, porque las medidas protectoras del ambiente serían encontradas *arbitrarias e injustificadas* en la mayoría de los casos y generalmente serían vistas con sospecha por provenir de una iniciativa unilateral.

El texto actual no ofrece la facilidad de armonizar entre el libre comercio y la protección al medio ambiente, porque para armonizar utilizando el texto actual, es necesario interpretarlo de una forma tan audaz, que realmente lo que produce es un alejamiento total del texto, contenido y espíritu de la norma.

Adicionalmente, el Cuerpo de Apelaciones ha sugerido en el caso Camarón/

Tortugas, que la mejor opción para regular los problemas ambientales es adoptar medidas multilaterales. La doctrina considera que "Es necesario que la OMC de reconocimiento específico a los valores ambientales"²⁷ y que el art. XX debería ser modificado para proveer un verdadero marco de excepciones en donde se permita la protección al medio ambiente.

La enmienda podría también procurar mejores condiciones para la aplicación de acuerdos multilaterales. En todo caso, cualquier intento de modificar el art XX, necesitaría incluir el impacto que tendrían las medidas ambientales cubiertas por la excepción en las economías de los países en vías de desarrollo.

Obtener un consenso entre las Partes Contratantes no será fácil, pero en ésta situación, la vía angosta debe ser escogida con el fin de obtener una solución equitativa, tanto para los países en desarrollo como para los intentos de protección al medio ambiente, teniendo en cuenta que el problema ambiental se ha convertido en algo urgente y de capital importancia en los asuntos de comercio internacional.

* Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 27, 2009, pp. 75 a 83.

- 1 En la Ronda de Negociaciones de Uruguay se produjo el nacimiento de la OMC como institución independiente de las partes contratantes, es decir, de los países miembros. Su creación generó además el surgimiento de un procedimiento judicial formal y ello a su vez cambió algunos aspectos de la jurisprudencia producida posteriormente al establecimiento de la OMC.
- 2 DEAL, TIMOTHY. WTO Rules and Procedures and their Implication for the Kyoto Protocol. United States Council for International Business. January 2008, p. 12.
- 3 NISSEN, JILL LYNN "Achieving a balance between trade and the environment: The need to amend and the WTO/GATT to in-

clude multilateral environmental agreements". Law and Policy in International Business. Spring 1997, p. 2.

- 4 CHARNOVITZ. The WTO's environmental progress. Journal of International Economic Law. 2007 (685). (2)
- 5 LOWENFELD. International Economic Law. OUP. 2003, p. 314a.
- 6 ESTY. Greening the GATT: Trade, Environment and the Future. Institute for International Economics. 1994. (100)
- 7 Idem, Note 6. (101)
- 7 Idem, Note 6. (101)
- 8 United States: Restrictions on Imports of Tuna, sept. 3, 1991, para 1.1, GATT (DS21/R - 39S/155), GATT (1993).
- 9 Idem, Note 8.
- 10 Subsidios Familiares Belgas (Allocations Familiales), GATT BISD (1st Supp), 59 (1953) este caso tiene que ver con una ley que imponía una carga sobre bienes extranjeros adquiridos por autoridades públicas cuando los bienes no cumplieran con un sistema de subsidios familiares similar al contenido en la ley belga.
- 11 P.W.BIRNIE and A.E. BOYLE. *International Law and the Environment*. OUP, 2002. (699)
- 12 Clausula introductoria.
- 13 NISSEN, JILL LYNN "Achieving a balance between trade and the environment: The need to amend and the WTO/GATT to include multilateral environmental agreements". Law and Policy in International Business. Spring, 1997. (3)
- 14 A. LOWENFELD, ANDREAS. *International Economic Law*. OUP, 2003 (317). The USA adopted an international Dolphin Conservation Act and and International Agreement for Reduction of Dolphin Mortality which was signed by Mexico.
- 15 J.H. JACKSON. *Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process distinction*. EJIL 11, 2000 (305)
- 16 P.W. BIRNIE and A.E. BOYLE. *International Law and the Environment*. OUP, 2002. (702)
- 17 All species of sea turtles are classified as endangered species. 993 U.N.T.S. 243, signed on 3 Mar 1973. Entered into force, 1 July 1975.
- 18 United States - Import Prohibition of Certain Shrimp And Shrimp Products AB-1998-4 Report of the Appellate Body. (20). http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm
- 19 Idem, nota 13. (11)
- 20 Idem, nota 16. (712)
- 21 Idem, nota 16. (712)
- 22 Idem, nota 16. (709)

