

LA PROHIBICIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA: ¿UN DESAFÍO A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO?

Francesco Sindico*

*SUMARIO:*I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS. III. EL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA. IV. LA REGLAMENTACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS EN EL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA; V. LA RELACIÓN CON EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO; VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de septiembre del 2003 entró en vigor el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología¹, cuyo objetivo principal es la reglamentación del comercio internacional de organismos vivos modificados.² El mismo día en Cancún, México, se estaba realizando la quinta reunión ministerial de la Organización Mundial del Comercio³. Algunos meses antes, el 13 de mayo de 2002, los Estados Unidos de América, junto a Canadá y Argentina, plantearon frente a la OMC la ilegalidad de la moratoria de facto de la Comunidad Europea sobre los OVM hasta llegar, el 18 de agosto de 2003, a pedir la creación de un grupo especial de acuerdo con el mecanismo de solución de controversias de la OMC sobre este asunto⁴.

* DEA en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid / Instituto Universitario Ortega y Gasset (Octubre de 2003). Doctorando en Derecho en la Universitat Jaime I, Castellón de la Plana. Dirección de correo electrónico: fsindico@yahoo.com. Desde septiembre de 2003 hasta marzo de 2004 investigador en el Instituto Universitario de estudios medio ambientales de la Universidad Libre de Ámsterdam, Países Bajos, gracias a una beca Marie Curie de la Comisión Europea.

© Francesco Síndico. Todos los derechos reservados.

¹ De ahora en adelante “Protocolo”.

² De ahora en adelante “OVM”.

³ De ahora en adelante “OMC”.

⁴ *Vid.* The Guardian, *US escalates GM food row with Europe*, August 19, 2003.

Por un lado, los Estados que han ratificado el Protocolo y aquellos grupos de presión que han apoyado esa decisión; por otro lado, la OMC, los grandes países productores de OVM y las grandes industrias del sector están pendientes de cómo se desarrolle el debate entre seguridad de la biotecnología y comercio internacional. Se trata de un tema delicado e importante que merece ser analizado y donde se debe tomar una posición jurídica clara.

Con este artículo se pretende, aprovechando la entrada en vigor del Protocolo, participar en este debate a través del análisis de las medidas del Protocolo que permiten prohibir el comercio internacional de OVM. El objetivo principal del trabajo es estudiar si estas medidas entran en conflicto con las normas del sistema multilateral del comercio y destacar posibles conclusiones al respecto.

El artículo se divide en cuatro partes. La primera se dedica a una breve introducción sobre los OVM y los riesgos y las ventajas que comportan. La segunda parte continúa indicando el camino que la comunidad internacional ha seguido hasta llegar al Protocolo. La tercera parte presenta un atento análisis de la reglamentación jurídica del comercio internacional de OVM en el Protocolo, centrando la atención sobre la posibilidad para los Estados parte de prohibir la importación de OVM basándose en consideraciones científicas, técnicas, socio-económicas y en la aplicación del principio de precaución. El objetivo de la cuarta parte del artículo es crucial ya que se trata de estudiar el posible conflicto entre las medidas analizadas en el Protocolo y las normas de la OMC. En esta parte se sostiene la tesis que, sea en el caso de una prohibición del comercio internacional de OVM entre Estados parte en ambos tratados, sea en el caso que el Estado parte en el Protocolo y en la OMC prohíba el comercio internacional frente un Estado parte sólo de la OMC, ambas prohibiciones pueden ser legales y deberán ser acatadas. Finalmente, se sacarán algunas conclusiones sobre la entrada en vigor del Protocolo.

II. LOS ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS

Para poder analizar con detenimiento la relación entre la seguridad de la biotecnología y el comercio internacional es necesario presentar, aunque brevemente, el objeto de la discordia; es decir, los OVM.

¿Qué es un OVM⁵? El mismo Protocolo ofrece la siguiente definición:

“Por "organismo vivo modificado" se entiende cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna.”⁶

⁵ En el marco de la Comunidad Europea se encuentra esta definición: “A GMO is an organism in which the genetic material has been altered in a way that does not occur naturally by mating and/or natural recombination.” *Vid.* Council Directive 90/220/EEC, 23 April 1990.

⁶ Art. 3 (g), Protocolo.

El debate que se presenta deriva de la respuesta a la siguiente pregunta: ¿pueden los OVM perjudicar el medio ambiente y la salud humana? La comunidad científica se divide diametralmente entre aquellos que advierten de los riesgos de los OVM y aquellos que avalan las ventajas de los OVM. Riesgos y ventajas pueden ser de tres tipos: medio ambientales, para la salud humana y socio-económicos.

Por un lado, aquellos que critican los OVM afirman, en primer lugar, que éstos constituyen una amenaza al medio ambiente porque, entre otras cosas, modifican el equilibrio biológico de los ecosistemas⁷. En segundo lugar, los OVM serían perjudiciales también para la salud humana ya que, por ejemplo, se ha comprobado que algunos productos genéticamente modificados pueden llegar a ser alérgicos. En último lugar, los grupos de presión medioambientales denuncian el riesgo socio-económico que entraña la comercialización de OVM. El hecho que el mercado mundial esté en manos de unas pocas multinacionales y el uso perverso, por éstas, de los derechos de propiedad intelectual pueden marcar el destino de un número enorme de campesinos, sobre todo en los países más pobres⁸.

Por otro lado, aquellos que defienden las ventajas de los OVM afirman, en primer lugar, que los OVM son positivos para el medio ambiente porque gracias a éstos se podría mejorar la productividad de los campos dejando así más lugar para espacios verdes. En segundo lugar, los OVM serían ventajosos para la salud humana ya que, por ejemplo, al ser más resistentes a las plagas no necesitan de insecticidas. El menor uso de insecticidas y pesticidas sería beneficioso para el medio ambiente. Otro ejemplo puede ser el desarrollo de nuevos productos farmacéuticos a través de la combinación genética de distintas especies. En tercer lugar, los Estados productores y las grandes

⁷ Información sobre los riesgos y las ventajas medio ambientales, para la salud humana y socio-económicas de los OVM puede encontrarse en S. Zarilli "International Trade in Genetically Modified Organisms and Multilateral Negotiations: A New Dilemma for Developing Countries" en F. Francioni (ed.) *Environment, Human Rights and International Trade* Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 2001, pp. 43-44; R. Pavoni "Biosafety and Intellectual Property Rights: Balancing Trade and Environmental Security - The Jurisprudence of the European Patent Office as a Paradigm of an International Public Policy Issue" en F. Francioni (ed.) *Environment, op. cit.*, p. 89; T.J. Schoenbaum "International Trade in Living Modified Organisms" en F. Francioni (ed.) *Environment, op. cit.*, pp. 27-29; B. Grosko "Genetic Engineering and International Law: Conflict or Harmony? An Analysis of the Biosafety Protocol, GATT and the WTO Sanitary and Phytosanitary Agreement", 20 *Virginia Environmental Law Journal* (2001), pp. 299-302.

⁸ El uso perverso de los derechos de propiedad intelectual implica que los campesinos no puedan año tras año utilizar las semillas que derivan de sus frutos. Al contrario deberán comprar cada año nuevas semillas desde las multinacionales. La peligrosidad económica y social de este fenómeno está señalada muy bien por V. Shiva *Biotech Wars: Food Freedom VS Food Slavery*, 2003, http://www.vshiva.net/articles/biotech_wars.htm: "Patents also criminalise and make illegal the human work of life's reproduction. When seeds are patented, farmers exercising their freedom and performing their duty of saving and exchanging seeds are treated as "intellectual property thieves". This can reach absurd limits as in the case of Percy Schmieser whose canola field was polluted by Monsanto's Round up Resistant Canola, and instead of Monsanto compensating Percy for pollution on the "polluter pays principle", Monsanto sued him for \$200,000 for theft of their genes. Monsanto uses detective agencies and police to track farmers and their crops. Patents imply police states."

multinacionales del sector defienden el valor ético y social de los OVM. Ellos dicen que la biotecnología puede servir a paliar el hambre en el mundo⁹.

Este artículo no quiere prolongarse sobre el debate científico alrededor de los OVM, sino subrayar que este debate existe y que demuestra que hay una seria preocupación al respecto. Esta inseguridad científica se traslada en la opinión pública que en su mayor parte se muestra muy crítica ante los OVM.

Si ésta es la situación, es más fácil comprender por qué la entrada en vigor de un tratado internacional, en este caso de un Protocolo, que regula el comercio internacional de OVM sea tan importante y llega justo a tiempo.

III: EL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA

El Protocolo ha entrado en vigor el 11 de septiembre de 2003 después de un largo camino que ha empezado hace once años y que ha sido marcado por algunos momentos claves: la Cumbre de la tierra en Río de Janeiro en 1992; la firma del Convenio sobre diversidad biológica; las negociaciones del Protocolo y la firma del mismo.

Durante la Cumbre de la tierra los Estados empezaron a ocuparse del tema de la biotecnología. De hecho, la Agenda 21, en su capítulo 16, trata el tema del manejo ambientalmente racional de la biotecnología reconociendo sus posibles ventajas para el medio ambiente y para la salud humana; sin embargo, también subraya los posibles riesgos que comporta y alienta a los Estados a desarrollar esta nueva técnica de forma sostenible. Uno de los resultados más importantes de la cumbre fue la firma de un tratado marco sobre los problemas de la biodiversidad: el *Convenio sobre la diversidad biológica*¹⁰. Este tratado advierte que los OVM pueden tener efectos nefastos sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y, con el objetivo de evitar este riesgo, propone a los Estados trabajar sobre un Protocolo relacionado al comercio y a la utilización de los OVM, como puede destacarse del tenor literal del Art. 19.3 :

“Las 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 disposición del CDB puede considerarse el punto de inicio formal del camino que ha llevado a la entrada en vigor, en septiembre de 2003, del Protocolo.

⁹ Vid. nota 85.

¹⁰ Convenio sobre diversidad biológica (de ahora en adelante “CDB”), firmado el de junio de 1992 y entrado en vigor en el 1993. Al 20 de septiembre de 2003 el convenio contaba con 168 Estados. La página web del convenio es <http://www.biodiv.org>.

El CDB dio así inicio a las negociaciones del Protocolo que debían basarse sobre el principio del consentimiento fundamentado previo que es, junto al principio de precaución, uno de los pilares del Protocolo. Las negociaciones fueron largas y difíciles por dos motivos fundamentales¹¹: en primer lugar, por la división en grupos de los Estados¹² y, en segundo lugar, por la existencia de determinadas cuestiones sobre las cuales el acuerdo era particularmente difícil: a saber; el ámbito de aplicación del Protocolo; la aplicación del principio de precaución dentro del procedimiento de consentimiento fundamentado previo; y la relación entre el Protocolo y otros tratados internacionales, en particular con el sistema multilateral de comercio¹³.

Finalmente, las partes alcanzaron un compromiso satisfactorio sobre los distintos puntos y el 29 de enero de 2000 se firmó el Protocolo. En los tres años que han pasado desde aquel momento el debate internacional político y jurídico sobre el comercio internacional de OVM se ha agudizado. La esperanza es que la entrada en vigor del Protocolo ayude en parte a apaciguar este conflicto.

IV. LA REGLAMENTACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS EN EL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA

A partir de septiembre de este año los Estados parte deberán sujetarse a las reglas previstas en el Protocolo sobre el comercio internacional y la utilización de los OVM. A continuación se analiza el Protocolo centrando la atención sobre cuatro puntos fundamentales: primero, el objetivo y el ámbito de aplicación del Protocolo; segundo, el procedimiento de acuerdo fundamentado previo; tercero, la aplicación del principio de precaución; y cuarto, el papel que juegan las consideraciones socio-económicas. A través del análisis conjunto de estos cuatro aspectos se puede destacar que un Estado parte tiene el derecho, bajo determinadas condiciones, de prohibir movimientos

¹¹ Sobre las negociaciones del Protocolo *vid.* S. Zarilli "International... *op. cit.*", pp. 57-59; G.L. Gaston & R.S. Abate, "The Biosafety Protocol and the World Trade Organization: Can the Two Coexist?", 12 *Pace Int'l L. Rev. Pace International Law Review* (2000), pp. 111-112; T. Jacob, "The Cartagena Protocol: A First Step to a Global Biosafety Structure?", 14 *Transnat' Law.* (2001), pp. 79-83; y C. Hutchison "International Environmental Law attempts to be "Mutually Supportive" with International Trade Law: A Compatibility Analysis of the Cartagena Protocol to the Convention on Biological Diversity with the World Trade Organisation Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures", 4.1. *Journal of International Wildlife Law and Policy* (2001), p. 4

¹² Se formaron hasta cinco grupos de Estados que presionaban en distintas direcciones. El grupo de los países en desarrollo y la Unión Europea mantenían una posición más cercana a los intereses medio ambientales mientras que el Grupo de Miami, que incluía aquellos Estados que tienen más intereses económicos en el sector de los OVM; es decir Argentina, Australia, Canadá, Chile, los EE.UU. y Uruguay, trataba de limitar el ámbito de aplicación del Protocolo, haciendo prevalecer intereses comerciales. Los dos restantes grupos: el Grupo del Compromiso que incluía Japón, México, la República de Corea, Singapur, Suiza y Nueva Zelanda y el Bloque de la Europa Centro-oriental trataban de limar las diferencias entre los grupos principales.

¹³ Estos puntos son los mismos que ahora mismo siguen siendo problemáticos y que serán analizados a lo largo de este artículo.

transfronterizos de OVM directos a su territorio. Esto comporta problemas con las normas del sistema multilateral del comercio que serán analizados más adelante.

A) Objetivo y ámbito de aplicación

El objetivo del Protocolo está definido en su Art. 1 que reza lo siguiente:

“De 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.”

Un atento análisis de esta disposición permite descubrir que el Protocolo tiene un doble objetivo¹⁴. Por un lado, existe un objetivo medio ambiental claro al tener que garantizar protección contra aquellos OVM que podrían ser una amenaza a la biodiversidad. Por otro lado, el Protocolo tiende a proteger la salud humana que podría verse perjudicada por los OVM. Se considera que estos dos riesgos, el medio ambiental y el sanitario, están más presentes en los movimientos transfronterizos y por eso el Protocolo decide centrar su atención sobre el comercio internacional de OVM que se reglamentará de conformidad con el principio de precaución.

Clarificado el objetivo del Protocolo es importante subrayar su ámbito de aplicación¹⁵. Por un lado, hay que analizar el ámbito objetivo; es decir, qué OVM están reglamentados y las posibles excepciones que prevé el mismo Protocolo. Por otro lado, hay que destacar el ámbito subjetivo; es decir, qué sujetos están vinculados, los posibles acuerdos entre Estados parte no reglamentados por las normas del Protocolo y la relación con los Estados no parte.

La definición del ámbito objetivo de aplicación ha sido uno de los problemas más grandes durante las negociaciones. Los OVM han sido divididos en dos grandes grupos: por un lado los *OVM destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente* (por ejemplo, las semillas) y, por otro lado, los *OVM para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento* (por ejemplo, verduras genéticamente modificadas)¹⁶. El grupo de Miami quería excluir éstos últimos del Protocolo mientras que la Unión Europea y el grupo de los países en desarrollo querían que tuvieran la misma reglamentación de los primeros. Se llegó al siguiente compromiso: ambos están

¹⁴ Sobre el objetivo del Protocolo *vid.* The editors, “Working towards a strong protocol.” 43 *Biotechnology and Development Monitor* (2000), pp. 2-3; H. Meyer, “The Cartagena... *op. cit.*,” pp. 3-4; C. Hutchison “International... *op. cit.*,” pp. 5-6.

¹⁵ Art. 4, Protocolo: “El presente Protocolo se aplicará al movimiento transfronterizo, el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los organismos vivos modificados 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.”

¹⁶ Sobre los dos tipos de OVM *vid.* H. Meyer, “The Cartagena... *op. cit.*,” p. 4.

cubiertos por el Protocolo; sin embargo, los OVM para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento están sujetos a un procedimiento de consentimiento fundamentado previo más blando respecto a los otros.

Además de reglamentar de forma relativamente distinta el comercio internacional de los dos tipos de OVM el Protocolo establece cuatro excepciones en las que el comercio internacional de OVM no debe estar sujeto a las disposiciones del Protocolo¹⁷. Se trata de: los movimientos transfronterizos de OVM que son productos farmacéuticos¹⁸; los OVM en tránsito¹⁹; los OVM destinados a uso confinado²⁰; y, finalmente, el movimiento transfronterizo de OVM objeto de una decisión de la Conferencia de las Partes que declare que no constituyen un riesgo para la diversidad biológica y para la salud humana²¹.

Con relación a la definición del ámbito subjetivo hay que subrayar que los Estados que han ratificado el Protocolo estarán vinculados a éste desde su entrada en vigor por el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*. Sin embargo, los Estados pueden estipular un acuerdo entre sí sobre determinados movimientos transfronterizos de OVM y el Protocolo no se aplicará a dichas operaciones “siempre que esos acuerdos y arreglos sean compatibles con el objetivo del presente Protocolo y no constituyan una reducción del nivel de protección establecido por el Protocolo”²². Además estos acuerdos deberán ser notificados a las otras partes a través del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología²³.

La relación de los Estados parte con los Estados no parte es de crucial importancia en todo acuerdo internacional sobre medio ambiente. En un primer borrador estaba prevista la prohibición del comercio internacional con los Estados no parte²⁴; sin embargo está medida no pudo mantenerse y ahora el comercio con Estados no parte está permitido siempre que sea “compatible con el objetivo del presente Protocolo”²⁵.

¹⁷ Vid. T.J. Schoenbaum “International... *op. cit.*, p. 33.

¹⁸ Art. 5

¹⁹ Art. 6.1

²⁰ Art. 6.2. Por uso confinado el Art. 3 (b) entiende: “(...) cualquier operación, llevada a cabo dentro de un local, instalación u otra estructura física, que entrañe la manipulación de organismos vivos modificados controlados por medidas específicas que limiten de forma efectiva su contacto con el medio exterior o sus efectos sobre dicho medio.”. Meyer considera que excluir los OVM que son productos farmacéuticos y aquellos destinados a uso confinado del procedimiento de consentimiento fundamentado previo y de la evaluación del riesgo podría perjudicar el objetivo del Protocolo; *vid.* H. Meyer, “The Cartagena... *op. cit.*, p. 5.

²¹ Art. 7.4

²² Art. 14.1

²³ Art. 14.2

²⁴ Determinados tratados internacionales sobre medio ambiente, como el Protocolo de Montreal (Art. 4.1) o el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (Art. 4.5), prevén este tipo de medida comercial que, por un lado, responde a la función de promover la participación en el Acuerdo y, por otro lado, evita la creación de ventajas comparativas en Estados no parte.

²⁵ Art. 24.1, Protocolo

Varios autores han denunciado la posibilidad de concluir acuerdos entre las partes y con Estados no parte. Ivars los considera una verdadera evasiva en el sistema por causa de la posible discreción en juzgar cuándo un acuerdo esta conforme a los objetivos del Protocolo²⁶. El asunto del comercio con Estados no parte va a ser crucial en el momento de analizar la compatibilidad de las normas del Protocolo con las normas del sistema multilateral del comercio.

B) El procedimiento de acuerdo fundamentado previo

El Protocolo establece un sistema en que el comercio internacional de OVM se basa sobre el procedimiento de acuerdo fundamentado previo según el cual el Estado exportador debe informar de la intención de efectuar un movimiento transfronterizo al Estado importador que, a su vez, sobre la base de consideraciones científicas, sociales y económicas y a la aplicación del principio de precaución, decidirá si autorizar este movimiento.

A continuación se subraya, en primer lugar, el sistema que rige los movimientos transfronterizos de OVM destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente y, en segundo lugar, el sistema que reglamenta el comercio internacional de OVM destinados a su uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento.

El comercio internacional de OVM destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente²⁷ está reglamentado por un sistema de acuerdo fundamentado previo que está dividido en cuatro fases²⁸. En primer lugar, el Estado de exportación deberá notificar al Estado de importación su intención de efectuar un movimiento transfronterizo de OVM²⁹. La notificación deberá contener, entre otras cosas, “un informe sobre la evaluación del riesgo conocido y disponible que se haya realizado con arreglo al anexo III”³⁰. Esta evaluación del riesgo, cuyo objetivo³¹ es la detección de eventuales

²⁶ B. Ivars, “Observations Related to a Biosafety Protocol Under the Convention on Biological Diversity: the use of Trade Related and Other Measures to Achieve the Objectives of the Protocol” in A. Fijalkowski & J. Cameron *Trade and the Environment: Bridging the Gap*, London: Cameron May, 1998, p. 93: “Such a provision may, according to my interpretation, represent a “loophole”, since what is meant by “a lower level of protection than that provided by the protocol” will always be open for interpretation. another problem is the difficulty of verifying and enforcing obligations on non-parties as agreed upon by parties.”

²⁷ Art. 7.1, Protocolo: “Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 5 y 6, el procedimiento de acuerdo fundamentado previo que figura en los artículos 8 a 10 y 12, se aplicará antes del primer movimiento transfronterizo intencional de un organismo vivo modificado destinado a la introducción deliberada en el medio ambiente de la Parte de importación.”

²⁸ La división en cuatro fases ha sido teorizada ya por . T.J. Schoenbaum “International... *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁹ Art. 8.1: “La Parte de exportación notificará, o requerirá al exportador que garantice la notificación por escrito, a la autoridad nacional competente de la Parte de importación antes del movimiento transfronterizo intencional de un organismo vivo modificado contemplado en el párrafo 1 del artículo 7. La notificación contendrá, como mínimo, la información especificada en el anexo I.”

³⁰ Anexo I (k)

³¹ Anexo III, Art. 1: “El objetivo de la evaluación del riesgo, en el marco del presente Protocolo, es determinar y evaluar los posibles efectos adversos de los organismos vivos modificados en la

perjuicios al medio ambiente o a la salud humana, será utilizada por las autoridades competentes al momento de decidir³² sobre la importación de los OVM³³.

La segunda fase del procedimiento se refiere al recibo de la notificación que deberá ser acusado en un plazo de noventa días³⁴. Si esto no ocurre el movimiento transfronterizo no se considerará autorizado³⁵.

La tercera fase se refiere a la decisión del Estado de importación sobre el movimiento transfronterizo que no se considerará autorizado si no se toma ninguna decisión en el plazo de 270 días desde el acuse de recibo de la notificación³⁶. En el mismo plazo de tiempo el Estado de importación, con relación al movimiento transfronterizo de OVM, podrá optar por una de estas cuatro decisiones: primero, autorizarlo con o sin condiciones; segundo, *prohibir el movimiento transfronterizo*; tercero, pedir que se adjunten más informaciones al respecto; y cuarto, posponer a fecha determinada la decisión al respecto³⁷. Salvo en el caso de autorización incondicionada, toda decisión del país importador deberá ser fundamentada³⁸. Además, toda decisión deberá basarse en una evaluación del riesgo³⁹ que, si así lo decide la parte de importación, deberá ser realizada por el exportador que también deberá hacerse cargo de sus costes⁴⁰. En fin, el Art. 10.6 destaca la aplicación del principio de precaución al afirmar que la falta de conocimientos científicos sobre los posibles perjuicios al medio ambiente y a la salud humana de los OVM no impedirá que se tome una decisión sobre su movimiento transfronterizo.

La cuarta y última fase del procedimiento se refieren a la posibilidad de revisar las decisiones sobre el movimiento transfronterizo de OVM. De hecho, éstas no son irrevocables. Por un lado, si existen nuevos datos científicos el importador podrá modificar su decisión a través de una nueva decisión fundamentada que deberá ser

conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en el probable medio receptor, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.”

³² Anexo III, Art. 2: “Las autoridades competentes utilizarán la evaluación del riesgo para, entre otras cosas, adoptar decisiones fundamentadas en relación con los organismos vivos modificados.”

³³ La disciplina de la evaluación del riesgo en el Protocolo está completada por el Art. 15.

³⁴ Art. 9.1

³⁵ Art. 9.4

³⁶ Art. 10.5

³⁷ Art. 10.3: “La Parte de importación, en un plazo de 270 días a partir del acuse de recibo de la notificación, comunicará al notificador y al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, por escrito, la decisión a que se hace referencia en el inciso a) del párrafo 2 supra de: a) Aprobar la importación, con o sin condiciones, incluida la forma en que la decisión se aplicará a importaciones posteriores del mismo organismo vivo modificado; b) Prohibir la importación; c) Solicitar información adicional pertinente con arreglo a su marco reglamentario nacional o al anexo I. Al calcular el plazo en que la Parte de importación ha de responder, no se contará el número de días en que la Parte de importación haya estado a la espera de la información adicional pertinente; o d) Comunicar al notificador que el plazo especificado en el presente párrafo se ha prorrogado por un período de tiempo determinado.”

³⁸ Art. 10.4

³⁹ Art. 10.1

⁴⁰ Art. 15.2 y Art. 15.3

notificada al exportador en un plazo de 30 días⁴¹. Por otro lado, el exportador podrá pedir al importador que revise su decisión en el caso de que se dé un cambio importante en las circunstancias o aparición de nuevos datos científicos y técnicos⁴². El importador deberá responder exponiendo sus razones en un plazo de 90 días⁴³.

El comercio internacional de OVM destinados a su uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento está reglamentado por un sistema en parte distinto. En primer lugar, los Estados parte deberán informar a las demás partes y al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología de la colocación en el mercado nacional de un OVM posible objeto de movimiento transfronterizo⁴⁴. En segundo lugar, cada Estado parte tomará una decisión sobre la importación de OVM de acuerdo a su legislación nacional que deberá ser compatible con los objetivos del Protocolo. La decisión deberá ser comunicada al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología acompañada por ejemplares de la legislación nacional sobre los OVM⁴⁵. También en este supuesto las partes podrán apoyar su decisión sobre el principio de precaución⁴⁶. En fin, el sistema analizado toma en consideración las particulares exigencias de los países en desarrollo y de los países con economía en transición que no disponen de un marco jurídico nacional sobre el tema de los OVM. Éstos Estados podrán, tramite el Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, condicionar su decisión sobre la importación de OVM a la realización de una evaluación del riesgo conforme a las disposiciones del Protocolo⁴⁷.

C) El principio de precaución

Una vez subrayada la reglamentación del comercio internacional de OVM hace falta centrar la atención sobre uno de los pilares de este sistema: el principio de precaución. La primera definición de este principio se recoge en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo:

“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.”⁴⁸

⁴¹ Art. 12.1

⁴² Art. 12.2

⁴³ Art. 12.3

⁴⁴ Art. 11.1; en el marco de la información que deberá ser entregada es destacable que no hay que incluir datos sobre una evaluación del riesgo.

⁴⁵ Art. 11.4 y Art. 11.5

⁴⁶ Art. 11.8

⁴⁷ Art. 11.6

⁴⁸ A/CONF.151/26 (Vol. I), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 15

El principio de precaución ha sido utilizado ampliamente en muchos tratados internacionales⁴⁹ sobre el medio ambiente desde el 1992 y está presente también en el preámbulo del CDB⁵⁰.

El Protocolo hace una primera expresa referencia a este principio ya en el preámbulo y en el Art. 1 subraya que el objetivo del Protocolo debe conseguirse de acuerdo con el principio de precaución presente en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo⁵¹. El principio en cuestión se convierte así en la clave de bóveda del sistema del comercio internacional de OVM establecido por el Protocolo. El aspecto más importante se destaca de la lectura combinada de los Art. 10.6 y 10.3.

El Art. 10.6 se refiere a la aplicación del principio de precaución al comercio internacional de OVM destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente y recita de la siguiente manera:

“El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar *una decisión, según proceda*, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate como se indica en el párrafo 3 supra.”⁵²

mientras que el Art. 10.3 enumera el objeto de las posibles decisiones que una parte puede tomar con relación al movimiento transfronterizo de OVM:

“La Parte de importación, en un plazo de 270 días a partir del acuse de recibo de la notificación, comunicará al notificador y al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, por escrito, la decisión a que se hace referencia en el inciso a) del párrafo 2 supra de: (...) *Prohibir la importación;*”⁵³

Un Estado parte, aún a falta de certeza científica, podrá, al fin de evitar riesgos para la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad y teniendo en cuenta también los riesgos para la salud humana, adoptar una decisión con relación a la importación de OVM. Esta decisión podrá ser negativa; es decir, el Estado parte, aplicando el principio de precaución podrá ordenar la prohibición de las importaciones

⁴⁹ Sin embargo, según la OMC el principio de precaución no formaría parte del derecho internacional ni de la costumbre. Al respecto *vid.* S. Zarilli “International... *op. cit.*, pp. 66-67 y T.J. Schoenbaum “International... *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰ Preámbulo, CDB: “Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.”

⁵¹ Art.1, Protocolo: “De 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...”

⁵² Cursiva añadida. El Art. 11.8 repite con las mismas palabras la aplicación del principio de precaución para el comercio internacional de OVM destinados a su uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento.

⁵³ Art. 10.3 (b), cursiva añadida

de OVM, aún sin certeza científica absoluta sobre sus posibles perjuicios medioambientales y sanitarios⁵⁴.

El papel del principio de precaución ha sido uno de los temas más debatidos durante las negociaciones. Haber conseguido que sea uno de los pilares del sistema ha sido una de las victorias más grandes del grupo de los países en desarrollo y de la Unión Europea. Sin embargo, la aplicación del principio de precaución seguirá siendo objeto de discordia⁵⁵. El problema más grande es comprender cuándo es posible aplicarlo y qué medidas es posible adoptar en su nombre. En primer lugar, sobre la base de la definición de Río debe existir el riesgo de un daño *grave* o *irreversible*. El CDB establece que debe existir una amenaza de *reducción* o *pérdida sustancial* de la biodiversidad. En segundo lugar, siempre basándose en la definición dada en Río las medidas adoptadas para proteger el medio ambiente deberán ser tomadas *en función de los costos*. Todos estos elementos son muy discrecionales. ¿Cuándo existe una amenaza o un riesgo grave o irreversible que puede comportar una reducción o una pérdida sustancial de la biodiversidad? ¿Puede el comercio internacional de OVM entrar en esta categoría?

Es evidente que hay respuestas enfrentadas dependiendo si se considera que los OVM puedan ser perjudiciales para el medio ambiente y la salud humana. Aquellos que opinan que el recelo por los OVM sea excesivo critican el uso estricto del principio de precaución en el Protocolo abogando por su eliminación o por lo menos por un uso limitado del mismo⁵⁶. En mi opinión la aplicación del principio de precaución deberá enfrentarse a problemas de interpretación; sin embargo, no por eso debe ser tajantemente eliminado. Al contrario, sin entrar en el mérito del debate científico sobre la peligrosidad de los OVM hay que constatar que este debate existe y que demuestra que todavía no existe certeza científica alguna sobre los OVM y, por eso, debe apoyarse un uso del principio atento y conforme a las normas del Protocolo. En la situación en que nos encontramos ahora, si hay que posicionarse entre un uso estricto o permisivo del principio de precaución creo que sería necesario tomar la primera opción.

D) Las consideraciones socio-económicas

Hay que analizar un último aspecto con relación al procedimiento de acuerdo fundamentado previo y a la posibilidad para el Estado importador de prohibir le entrada en su territorio de OVM. Se ha destacado que el importador deberá tomar su decisión

⁵⁴ Este punto ha sido subrayado también por T.J. Schoenbaum "International... *op. cit.*, p. 33: "Importantly, however, lack of scientific certainty due to insufficient scientific evidence can be resolved in favour of banning importation."

⁵⁵ Sobre la dificultad de aplicar el principio de precaución *vid.* A. van Dommelen, "The Precautionary Principle: Dealing with controversy" 43 *Biotechnology and Development Monitor* (2000), pp. 8-11; C. Hutchison "International... *op. cit.*, pp. 13-14; D. Katz "The Mismatch Between the Biosafety Protocol and the Precautionary Principle", 13 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* (2001), pp. 961-967.

⁵⁶ Esta posición es compartida por D. Katz, "The Mismatch... *op. cit.*, p. 951: "The thesis of this note is that the most strict embodiments of the precautionary principle are inappropriate to address the risks of agricultural biotechnology, and further, that the principle may not be appropriate at all. Strict embodiments of the precautionary principle are appropriate only for situations in which the risks of the activity outweigh the benefits."

sobre la base de una serie de factores: en primer lugar, de acuerdo a consideraciones científicas a través de una evaluación del riesgo; en segundo lugar, conforme a la posible aplicación del principio de precaución. El Art. 26.1 del Protocolo añade un tercer factor sobre el cual basar la decisión:

“Las Partes, al adoptar una *decisión sobre la importación* con arreglo a las medidas nacionales que rigen la aplicación del presente Protocolo, podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las *consideraciones socioeconómicas* resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales.”⁵⁷

Analizando esta disposición se destaca que las partes, al momento de adoptar una decisión sobre la importación de OVM, podrán tener en cuenta consideraciones de orden social y económico⁵⁸.

El Protocolo implícitamente afirma que el comercio internacional de OVM no sólo puede perjudicar el medio ambiente y la salud humana sino también el tejido social y económico de un país. Haber reconocido esta realidad ha sido una de las victorias más grandes sobre todo para los grupos de presión medioambientales y de derechos humanos que, durante las negociaciones, luchaban para defender los intereses sobre todo de las comunidades indígenas y locales. El hecho que las consideraciones socio-económicas sean uno de los parámetros sobre cuya base el importador puede decidir prohibir el comercio internacional es, por un lado, sumamente importante y, por otro lado, muy controvertido. De hecho, se trata de uno de las cuestiones donde el Protocolo y el sistema multilateral del comercio entran en conflicto⁵⁹.

V. LA RELACIÓN CON EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

A lo largo de este artículo se ha destacado que el Protocolo permite a un Estado parte prohibir importaciones de OVM. Es evidente que esto afecta al comercio internacional y, de hecho, la relación con la OMC ha sido uno de los temas más debatidos durante las negociaciones.

La cuestión ya estaba presente en el CDB que lo afrontó afirmando que el convenio prima sobre los demás acuerdos internacionales sólo en caso que éstos puedan “causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro”⁶⁰. El Protocolo, a su vez, se

⁵⁷ Cursiva añadida.

⁵⁸ Sobre este punto *vid.* A. Gupta, “Advanced Informed Agreement: a Shared Basis for Governing Trade in Genetically Modified Organisms?”, 9 *Ind. J. Global Legal Stud.* (2001), pp. 271-272.

⁵⁹ *Vid.* P.W.B. Phillips & W.A. Kerr, “Alternative Paradigms: The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms”, 34 *Journal of World Trade* (2000), p. 67

⁶⁰ Art. 22.1, CDB: “Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro.”

ocupa de la relación con los demás tratados internacionales, con especial atención a los acuerdos comerciales, en el prólogo de la siguiente manera:

“Reconociendo que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible; Destacando que el presente 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; En el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”

No se puede decir que la redacción de esta parte del prólogo del Protocolo brille por su claridad. Primero, se afirma que medio ambiente y comercio deben apoyarse mutuamente y, luego, se mantiene que el Protocolo no puede modificar los derechos de los demás acuerdos internacionales. En este punto parecería que el comercio internacional prevalece sobre el Protocolo. Sin embargo, la situación parece cambiar cuando se dice que el Protocolo no está subordinado a otros acuerdos internacionales.

¿Qué situación de conflicto entre el Protocolo y la OMC es previsible? Hay que destacar dos posibles supuestos: en primer lugar, la situación en la cual prohíbe las importaciones y quien sufre esta medida son parte en ambos tratados y, en segundo lugar, el supuesto más complicado donde el exportador es parte sólo en la OMC mientras que el importador es parte en ambos acuerdos⁶¹. Se ha destacado que el Protocolo no clarifica la situación, sino todo lo contrario. Sin embargo, es importante buscar una solución a situaciones que presentan un conflicto de normas y de jurisdicciones muy marcado. Tal vez, y esto es el camino que se seguirá en este artículo, una solución al problema puede encontrarse recurriendo, por un lado, al derecho de los tratados y al derecho consuetudinario y, por otro lado, a las mismas normas de la OMC.

A) Prohibición del comercio internacional entre Estados parte en ambos tratados

El primer supuesto donde podría haber un conflicto entre el Protocolo y la OMC puede ser ilustrado a través de un ejemplo. El Estado A y el Estado B son partes en ambos tratados y A, basándose en el procedimiento de acuerdo fundamentado previo del Protocolo, decide prohibir los movimientos transfronterizos de OVM provenientes de B. Se trata de un evidente caso de conflicto de normas⁶². De hecho, A debe, por un lado, no discriminar entre los otros Estados parte de la OMC autorizando, de acuerdo con el Protocolo, el comercio internacional a algunos Estados y prohibiéndolo a otros y, por otro lado, puede, basándose en consideraciones de orden científico, social y económico o sobre la base de la aplicación del principio de precaución, prohibir el comercio internacional de OVM a otros Estados parte.

⁶¹ Sin embargo, esta es la situación más delicada. Piénsese que los grandes Estados productores de OVM, y sobre todo los EE.UU., no son partes del Protocolo.

⁶² Para un estudio del conflicto de normas entre medio ambiente y comercio internacional *vid.* G. Marceau, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: the Relationship Between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, 35 *Journal of World Trade* (2001), pp. 1087-1100.

¿Qué normas se encuentran en conflicto? Las normas del Protocolo que autorizan al Estado importador prohibir el comercio internacional del exportador están en conflicto con la obligación general en materia de comercio internacional de no discriminar entre Estados parte; en concreto existe un conflicto con normas del Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994⁶³ y con disposiciones del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias⁶⁴.

En primer lugar, se puede destacar un conflicto con el Art. I del GATT que establece la regla de la nación más favorecida:

“Con respecto a (...) todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones (...) cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.”

Esta regla implica que una vez que un Estado haya concedido una ventaja a un producto de otro Estado entonces deberá conceder aquella misma ventaja, aquel mismo trato, a los productos de todos los demás países partes. Volviendo al ejemplo que se ha utilizado antes, una vez que A haya autorizado a un Estado un movimiento transfronterizo de OVM no podrá prohibir el comercio internacional proveniente de otro Estado parte. Si lo hace, estaría violando el Art. I del GATT.

En segundo lugar, puede destacarse un conflicto con el Art. XI del GATT que establece la obligación de eliminar toda barrera a las importaciones:

“Ninguna parte contratante impondrá (...) prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante (...), ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.”

Esta disposición afirma la incompatibilidad con la OMC de cualquier sistema que tenga como objeto la prohibición o la limitación de importaciones de productos de una parte a otra. No se menciona el procedimiento de acuerdo fundamentado previo; sin embargo, es evidente que un sistema que se basa sobre dicho sistema que prohíba el comercio internacional de OVM viola el Art. XI del GATT⁶⁵.

La medida comercial del Protocolo que se está analizando entra en conflicto también con el SPS⁶⁶. La cercanía entre el ámbito de aplicación⁶⁷ y el objetivo de los dos acuerdos en cuestión facilita la posibilidad de que surjan controversias. De hecho, el SPS permite a los Estados parte de la OMC “adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias

⁶³ De ahora en adelante “GATT” por sus siglas del inglés “General Agreement on Trade and Tariffs”.

⁶⁴ De ahora en adelante SPS, por sus siglas del inglés “Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures”.

⁶⁵ Vid. B. Grosko “Genetic... *op. cit.*, pp. 307-308.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 308-310

⁶⁷ Art. 1.1, SPS: “El presente Acuerdo es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional. Tales medidas se elaborarán y aplicarán de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo.”

necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”⁶⁸. La prohibición del comercio internacional de OVM, operada en el marco del Protocolo, responde a las mismas finalidades. El conflicto de normas existe en relación al Art. 2.2:

“Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en *principios científicos* y de que no se mantenga sin *testimonios científicos suficientes*, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.”⁶⁹

y al Art. 5.7:

“Cuando los *testimonios científicos* pertinentes sean *insuficientes*, un Miembro podrá adoptar *provisionalmente* medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.”⁷⁰

La lectura combinada de estas dos disposiciones destaca que uno de los pilares del sistema del Protocolo, el principio de precaución, vulnera la OMC. Según la SPS una medida sanitaria o fitosanitaria debe estar basada sobre “principios científicos” y, si éstos no son suficientes, la medida no debe ser mantenida. Sin embargo, esta posición tan estricta es suavizada ya que si los “testimonios científicos son insuficientes” se permite a las partes adoptar “provisionalmente” medidas sanitarias o fitosanitarias que deberán ser revisadas en un plazo razonable. Al contrario, de acuerdo con el Protocolo⁷¹ la “falta de información o conocimientos científicos” no impedirá “adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación de OVM”. En este caso la aplicación del principio de precaución permite adoptar una medida restrictiva definitiva del comercio internacional con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente aún a falta de certeza científica. Sin embargo, el Art. 12 permite al exportador pedir al importador que efectúe una revisión de su decisión si “dispone de una nueva información científica o técnica pertinente”.

A estas alturas se ha analizado la existencia de un posible conflicto de normas entre disposiciones del Protocolo y de la OMC. Este conflicto podría llevar a una controversia. ¿Dónde se resolvería esta controversia? El conflicto de normas en este supuesto está acompañado por un conflicto de jurisdicciones⁷² ya que las dos partes en

⁶⁸ Art. 2.1

⁶⁹ Cursiva añadida

⁷⁰ Cursiva añadida

⁷¹ Art. 10.6 y Art. 11.8.

⁷² La definición de conflicto de jurisdicciones en G. Marceau, “Conflicts... *op. cit.* p. 1082 es la siguiente: “There could also be conflicts of jurisdictions where two institutions or two adjudicating bodies claim to have exclusive or permissive jurisdiction to address the factual or legal aspects of a matter having trade and environment dimensions.”

la contienda podrían afirmar que la controversia debería ser conocida por dos mecanismos distintos de solución de controversias⁷³.

La debilidad de los sistemas de solución de diferencias es una de las características de los tratados internacionales sobre el medio ambiente que prefieren un enfoque conciliatorio respecto a uno sancionatorio. No se cumple porque no se puede y no porque no se quiere: esta es la filosofía que está a la base de estos sistemas. El Protocolo parece, por el momento, seguir esta misma dirección y esto favorece la tendencia que las controversias se sometan al sistema de solución de controversias de la OMC.

No obstante, en cualquier foro que se presente el conflicto de normas que ha sido destacado se deberá resolver conforme al derecho internacional. En primer lugar, el conflicto implica la presencia de dos tratados que deben ser interpretados para decidir si uno prevalece sobre el otro. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁷⁴ facilita esta labor. De hecho, hay unas disposiciones sobre la interpretación de tratados que se ocupan del mismo tema y que reflejan elementos de la costumbre. Por un lado, el Art. 30.3 recita de la siguiente manera:

“Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.”

Esta disposición tiene que ser analizada conjuntamente al Art. 59.1.:

“Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.”

De la lectura combinada de estas dos disposiciones resulta que la regla general es que ambos tratados siguen en vigor y que deben ser usados cumulativamente siempre que la intención de las partes no haya sido inequívoca en terminar el tratado anterior en el tiempo. En este supuesto vale la regla de la *lex posterior* según la cual en caso de que dos tratados traten el mismo tema el más reciente prevalece sobre el más antiguo⁷⁵. Por otro lado, y tal vez más decisivamente, la regla consuetudinaria de la *lex specialis*

⁷³ Por un lado, el Art. 34 del Protocolo remite al sistema al previsto en el Art. 27 del CDB según el cual la controversia será resuelta, en primer lugar, por negociaciones entre las dos partes; en segundo lugar, a través de mediaciones o buenos oficios de una tercera parte; en tercer lugar, tramite el recurso al arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia y, en fin, si las partes no aceptan ninguna de las dos la controversia se someterá a conciliación. Por otro lado, la OMC dispone de un sistema de solución de controversias muy eficaz y rápido cuyas decisiones son vinculantes para las partes y con la posibilidad de sancionar la parte que incumple su decisión. El sistema se basa en el Anexo 2 al Acuerdo que establece la OMC titulado “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”.

⁷⁴ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), entrado en vigor el 27 de enero de 1980.

⁷⁵ Sobre el uso de la *lex posterior* y para un análisis muy detallado de las dos disposiciones del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados *vid.* G. Marceau, “Conflicts... *op. cit.* pp. 1091-1092.

establece que cuando dos tratados se ocupan del mismo tema prevale el más específico sobre el más general⁷⁶. Una posible controversia entre dos partes en el Protocolo sobre una supuesta incorrecta prohibición del comercio internacional de OVM podría entonces ser resuelta a favor del Estado importador que ha adoptado la medida restrictiva sobre la base de la aplicación de esta regla⁷⁷. De hecho, el objetivo de la OMC es la reglamentación, en *general*, de todo el comercio internacional mientras que el Protocolo reglamenta, en *específico*, el comercio internacional de OVM.

Sin embargo, sobre todo en los primeros años de funcionamiento del Protocolo es más probable que una controversia sobre la imposición de una medida que prohíba el comercio internacional de OVM sean examinada en el sistema de solución de controversias de la OMC. Es muy importante analizar si esta medida es compatible con este sistema sobre todo porque en los últimos años se ha hecho un largo uso de amenaza de sanciones comerciales para evitar que los Estados impongan medidas de dicha naturaleza⁷⁸. El análisis debe empezar por un estudio atento del Art. XX del GATT y de la jurisprudencia de la OMC más reciente en temas medioambientales. Por un lado, el Art. XX establece que el comercio internacional puede ser restringido por exigencias medio ambientales:

“A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...) *b*) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...) *g*) relativas a la

⁷⁶ *Vid. Ibidem*, pp. 1092-1093. G.L. Gaston & R.S. Abate, “The Biosafety... *op. cit.*, p. 120 explican muy bien el razonamiento que lleva a determinar la primacía de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente respecto a la OMC: “Similarly, according to general principles of international law, when dealing with treaties on the same subject, the treaty that is more specific governs matters under its domain, while the more general treaty governs the broader scope at issue. Usually, MEAs are more subject-specific. Thus, when dealing with a trade dispute between two Parties to an MEA, the rules of the MEA would likely govern.”

⁷⁷ Sobre el uso de la *lex specialis* para demostrar la prevalencia del Protocolo sobre el sistema multilateral del comercio *vid.* S. Zarilli “International... *op. cit.*, pp. 62-64; T.J. Schoenbaum “International... *op. cit.*, pp. 34-35; G.L. Gaston & R.S. Abate, “The Biosafety... *op. cit.*, p. 120; C. Hutchison “International... *op. cit.*, pp. 30-31. No todos los autores están de acuerdo con esta posición; por ejemplo, P.W.B. Phillips & W.A. Kerr, “Alternative... *op. cit.*, p. 74 consideran que el Protocolo viole la OMC y llegaban a aconsejar a las partes que todavía no lo hubiesen ratificado de esperar a que el conflicto se clarificase.

⁷⁸ Sobre todo los EE.UU. han usado como arma las sanciones comerciales contra varios Estados. El caso de Sri-Lanka es entre los más ilustrativos. El día 1 de mayo de 2000 este país había prohibido la entrada en su país de OVM provenientes de EE.UU. por no haber sido comprobados. Los EE.UU. empezaron de inmediato a amenazar con el uso de sanciones comerciales a través de la OMC. La medida restrictiva a los OVM de EE.UU. tuvo que ser aplazada al 10 de septiembre de 2001; sin embargo, el 3 de septiembre fue oficialmente levantada dado el continuo riesgo de sanciones comerciales; *vid.* R. Vint “Force... *op. cit.*; Greenpeace, *The US... op. cit.*, p. 1. Los EE.UU. también han usado como arma las sanciones comerciales contra Bolivia en el 2001; contra Tailandia en el 2001; contra Corea del Sur en el 2002; *vid.* Greenpeace, *The US... op. cit.*, pp. 2-3. También se ha usado la misma táctica contra India y Brasil; *vid.* V. Shiva *Biotech... op. cit.* p. 1.

conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;”

Analizando esta disposición se destaca que la regla de la nación más favorecida (Art. I del GATT) y la obligación de eliminar toda barrera al comercio internacional (Art. XI del GATT) pueden no aplicarse, de acuerdo con el Art. XX (b), a una medida que tenga una finalidad sanitaria o medioambiental. La prohibición del comercio internacional de OVM responde a los mismos objetivos y, por tanto, si cumple con las condiciones presentes en el encabezado del Art. XX, se convierte en una legítima excepción a las dos normas de la OMC con las que estaba en conflicto. El problema es decidir si una medida que prohíbe el comercio internacional tomada en el marco de un acuerdo internacional sobre el medio ambiente sea un “medio de discriminación arbitrario o injustificable” o “una restricción encubierta al comercio internacional”. A este punto es útil apoyarse en la jurisprudencia de la OMC en temas medioambientales. En la decisión “Estados Unidos: Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos” el órgano de apelación (o panel) no ha aceptado la medida unilateral de EE.UU. por el hecho de ser unilateral y no por el hecho de prohibir el comercio internacional⁷⁹. Por tanto, puede afirmarse que dentro del mismo marco de la OMC sosteniendo la idea que una medida comercial multilateral no es un medio discriminatorio y arbitrario injustificable y no constituye una restricción encubierta al comercio internacional. En definitiva, puede afirmarse que la prohibición de los movimientos transfronterizos de OVM, permitida en el Protocolo, no está en conflicto con las normas del GATT⁸⁰.

Hay que analizar ahora si también el conflicto con las normas del SPS puede resolverse a favor del Protocolo. Se ha destacado que el problema principal en este caso es la aplicación del principio de precaución en el Protocolo y los distintos grados de inseguridad científica necesarios para poder adoptar una medida restrictiva al comercio internacional⁸¹. Sin embargo, este conflicto se resuelve de forma muy similar al anterior ya que el parámetro de conformidad de una medida con el SPS es el Art. XX (b) del GATT:

“Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado b) del artículo XX”⁸²

Ya se ha dicho que la prohibición del comercio internacional de OVM es el objeto de una medida multilateral y, por tanto, con base al planteamiento realizado anteriormente

⁷⁹ WT/DS58, *Estados Unidos: Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* (Reclamación de la India, Malasia, Pakistán y Tailandia), párrafo 185.

⁸⁰ Esta conclusión es compartida por G.L. Gaston & R.S. Abate, “The Biosafety... *op. cit.*, pp. 142-150.

⁸¹ *Vid.* la solución que propone B. Grosko “Genetic... *op. cit.*, p. 316: “In future WTO debates concerning the trade of LMOs, and in contrast to the uphill battle waged by the EU in Beef-Hormones, a nation arguably need not demonstrate either that the Precautionary Principle (Approach) has (1) become customary international environmental law, or (2) more broadly, customary international law. As part of the Protocol, Articles 10(6) and 11(8) constitute sources of international law in and of themselves, at least as between two Protocol Parties.”

⁸² Art. 2.4, SPS.

se encuentra bajo el umbral del Art. XX del GATT. Si ésta es la situación, puede afirmarse que la prohibición del comercio internacional de OVM tampoco está en conflicto con las normas de la SPS.

B) Prohibición del comercio internacional entre Estados no parte en ambos tratados

Aparentemente más complicada es la situación que se ilustra a continuación a través de un ejemplo. El Estado A es parte sólo de la OMC y el Estado B es parte también en el Protocolo; B prohíbe el comercio internacional de OVM de A. Un primer análisis subrayaría la existencia de un conflicto de normas de igual naturaleza a la de la situación estudiada anteriormente. Sin embargo, en este caso no existiría ningún conflicto de jurisdicciones ya que la parte que ha sufrido la medida restrictiva no es parte del Protocolo y parecería que la controversia debería ser resuelta sólo en el marco de la OMC.

Sin embargo, es necesario un estudio más atento de la situación. Debe tomarse en consideración el Art. 24.1 del Protocolo que reglamenta el comercio internacional de OVM con Estados no parte:

“Los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados entre Partes y Estados que no son Partes deberán ser compatibles con el objetivo del presente Protocolo. Las Partes podrán concertar acuerdos y arreglos bilaterales, regionales y multilaterales con Estados que no son Partes en relación con esos movimientos transfronterizos.”

Esta disposición establece que los movimientos transfronterizos de OVM con Estados no parte debe, por un lado, realizarse de acuerdo con los objetivos del Protocolo. Esto quiere decir que los principios sobre los cuales se basa el Protocolo deberán aplicarse también a estos movimientos transfronterizos de OVM que deberán ser autorizados sólo si las consideraciones científicas, técnicas y socio-económicas lo aconsejan. También el principio de precaución, así como está definido en el Protocolo y no en su versión presente en el SPS, podrá ser utilizado por el Estado parte en el Protocolo en sus operaciones con Estados no parte. Por otro lado, los movimientos transfronterizos de OVM podrán ser objeto de acuerdos ad-hoc.

Destacada esta premisa, se debe subrayar que, sobre todo en los primeros años del Protocolo, es más probable que una medida que prohíbe el comercio internacional de OVM sea debatida dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC. Por tanto, es importante analizar cómo podría juzgarse esta situación.

En primer lugar, puede haber un supuesto en que Estado parte y Estado no parte no estipulen ningún acuerdo entre ellos en relación con el comercio internacional de OVM. Para poder llegar a una solución hay que subrayar que el sistema multilateral de comercio y su mecanismo de solución de controversias no deben considerarse aislados⁸³

⁸³ Sobre este punto *vid.* G. Marceau “A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement”, 87 *Journal of World Trade* (1999)

del resto del derecho internacional; al contrario, son parte integrante de éste y las soluciones de las disputas comerciales deben decidirse no sólo con base a las normas de los distintos acuerdos de la OMC sino también a través de otras normas de Derecho internacional que puedan aplicarse y a través de la costumbre. De hecho, el Art. 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC recita de la siguiente manera:

“... Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público...”

Por tanto, la medida que impone la prohibición del comercio internacional de OVM deberá interpretarse no sólo a la luz de los distintos acuerdos de la OMC, sino también a través de normas de derecho internacional. Una vez que el Protocolo haya entrado en vigor, éste se consolida como elemento de derecho internacional y sus disposiciones podrán ser utilizadas por los grupos especiales cuando una controversia se refiera al comercio de OVM. En otras palabras, la OMC deberá utilizar el Protocolo como parámetro en la interpretación de la compatibilidad de las medidas prohibitivas con las normas del GATT y del SPS. Si un Estado parte en el Protocolo comercia con un Estado no parte, estos movimientos transfronterizos deberán ser conformes a los objetivos del Protocolo. Si, por alguna razón, no lo son o dejan de serlo el Estado parte podrá prohibir el comercio internacional de OVM con el Estado no parte. Se trata de una medida que tiene su origen en un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente, no se trata de una medida estrictamente unilateral. Por tanto, las obligaciones que el Estado parte en el Protocolo tiene por imperativo del GATT y del SPS encuentran una legítima excepción en esta medida restrictiva del comercio según el razonamiento visto anteriormente para la situación en la que los Estados sean partes en ambos tratados.

En segundo lugar, el comercio internacional de OVM entre un Estado parte en el Protocolo y un Estado no parte puede ser objeto de un acuerdo que lo regule. En este caso la controversia debería ser más fácil de resolver ya que el acuerdo debería teóricamente individualizar las reglas sobre las cuales se realizan los movimientos transfronterizos; éstas deben, también en este supuesto, ser conformes a los objetivos del Protocolo. Si el Estado parte decide prohibir el comercio internacional de OVM del Estado no parte, la OMC deberá decidir basándose en el acuerdo que reglamenta este comercio. Éste normalmente autorizará medidas restrictivas de este tipo si las consideraciones de orden científico, técnico, socio-económicas o la aplicación del principio de precaución las aconsejan. El panel deberá también en este supuesto decidir sobre la base de normas distintas a las del GATT y del SPS declarando la compatibilidad de la prohibición del comercio internacional de OVM con éstas.

En definitiva, se puede afirmar que la posibilidad para un Estado parte en el Protocolo de prohibir el comercio internacional con otro Estado, sea éste parte o no, es legítima no sólo dentro del marco jurídico del Protocolo sino también en el mismo marco de la OMC.

VI. CONCLUSIÓN

El objetivo de este artículo ha sido, con ocasión de la entrada en vigor del Protocolo el 11 de septiembre de 2003, entrar en el debate sobre la relación entre el medio ambiente y el comercio internacional. En concreto, se ha querido analizar la regulación del comercio internacional de OVM en el Protocolo. Se ha destacado que éste permite, sobre la base de consideraciones científicas, técnicas y socio-económicas o sobre la base de la aplicación del principio de precaución, tomar medidas que prohíben el comercio internacional. El fin último de este trabajo ha sido analizar como estas medidas comerciales entran en conflicto con el sistema multilateral del comercio y en qué dirección es posible solventarlo.

Aquí se propone que el conflicto entre el Protocolo y la OMC debe resolverse a favor del Protocolo a través de la regla de la *lex specialis*. Además, se mantiene que la medida que prohíbe el comercio internacional de un Estado parte de la OMC, adoptada por un Estado parte en el Protocolo en conformidad con el mismo, es compatible con las reglas del GATT y del SPS por ser conforme con el Art. XX (b) del GATT.

Si un conflicto ha sido resuelto en la teoría a favor del Protocolo, es evidente que para que esto se lleve a la práctica es necesario que el Protocolo, una vez en vigor, se desarrolle más y se consolide. En lo que refiere al objeto de este artículo es indispensable que el Protocolo se dote de un mecanismo de detección del incumplimiento del mismo y de solución de controversias eficaz cuyas decisiones sean vinculantes entre las partes en la contienda. Este sistema debería tener una amplia jurisdicción: por un lado, conocería las controversias entre Estados parte; en segundo lugar, resolvería las controversias entre Estados parte y Estados no parte que hayan regulado su comercio de OVM a través de un acuerdo; y, en tercer lugar, sería competente en los conflictos entre Estados parte y no partes, a pesar de no haber entre ellos ningún acuerdo formal. Un sistema de este tipo, que probablemente no sería visto con buenos ojos por parte de la OMC y de los grandes productores de OVM no partes en el Protocolo, es necesario para defender los países en desarrollo de los posibles abusos de los grandes productores de OVM. Lo que ocurre es que, como en otros sectores del debate entre medio ambiente y comercio internacional, el conflicto se enfoca desde el punto de vista del comercio internacional, preguntándose ¿qué normas del Protocolo podrían violar el sistema de la OMC? Pero también cabe plantearse ¿qué normas de la OMC podrían violar las disposiciones del Protocolo que pretenden la protección del medio ambiente? Si es cierto que un Estado parte en el Protocolo podría aplicar una medida restrictiva sin justificaciones medio ambientales o sanitarias reales para proteger su mercado nacional; es mucho más probable que ocurra el contrario. Es más real prever que un gran Estado productor de OVM presione a un pequeño país en desarrollo, a través de la amenaza de sanciones comerciales, para que no aplique la medida que prohibiría, legítimamente, la entrada a los OVM⁸⁴. Un mecanismo de solución de controversias fuerte es necesario para luchar contra estas situaciones. El órgano de solución de diferencias en cuestión deberá, por otro lado, considerar si el

⁸⁴ *Vid.* nota n. 78.

principio de precaución ha sido aplicado correctamente; decidir si la evaluación del riesgo ha sido llevada a cabo regularmente y, en fin, considerar si las justificaciones socio-económicas para adoptar una medida han sido correctas.

La relación entre el medio ambiente y el comercio internacional en el ámbito de la bioseguridad debe enfocarse de forma distinta a la tradicional. No debe ser el comercio el que determine si la medida que protege el medio ambiente es correcta, sino al revés. En este ámbito del derecho internacional debe ser la bioseguridad a decidir si la medida tomada para proteger el medio ambiente es correcta. Sólo así el Protocolo podrá convertirse, por un lado, en una plataforma jurídica eficaz para tratar el tema de los OVM y, por otro lado, en una muralla defensiva contra aquellos que afirman que la biotecnología es la panacea del hambre en el mundo.

La realidad es otra:

“If anyone tells you that GM is going to feed the world, tell them that it is not. To feed the world takes political and financial will.”⁸⁵”

⁸⁵ Estas palabras no son de una ONG defensora del medio ambiente sobre el comercio internacional, ni de un profesor que haya tomado esta posición, sino de Steve Smith, ex vicepresidente de una de las mayores multinacionales del sector de la biotecnología, la Novartis; *vid.* Steve Smith, SCIMAC and Novartis (now SYNGENTA), Tittleshall Village Hall public meeting on proposed local GM farm scale trial, 29th March 2000.