

La dimensión ambiental de los tratados de libre comercio

Jorge Cabrera**

Frecuentemente, se escuchan manifestaciones dirigidas a analizar o criticar los posibles impactos ambientales de los acuerdos de libre comercio suscritos entre los países, en momentos en que todo parece indicar que continuaremos firmando los mismos y en medio de serios problemas y preocupaciones por la afectación que sobre el medio causamos los seres humanos. Surgen entonces una serie de preguntas aún no respondidas: ¿Son beneficiosos para el medio los tratados de libre comercio? ¿Deben ser objeto de evaluaciones de impacto ambiental? ¿La liberalización del mercado de productos agrícolas traerá consigo precios más altos para los productos de esta índole y promoverá prácticas agrícolas más racionales y sostenibles? ¿El aumento de los ingresos de los productores acaso no producirá también mayor uso de plaguicidas? ¿Es cierto que las normas flexibles sobre requisitos ambientales exigidas a la inversión atraen a empresas que desean evitar los costos asociados a la protección del ambiente? ¿Producir sin tomar en consideración los costos ambientales, es una forma de competencia desleal (el denominado Dumping Ecológico)? Por el contrario, ¿no se darán cuenta las compañías que producir sosteniblemente es un buen negocio? ¿Tienen derecho los países desarrollados que basaron sus modelos económicos en la explotación de los recursos (la llamada deuda ecológica) a imponer a los demás una específica forma de desarrollo? ¿Tienen derecho a imponer estos patrones cuando por medio de los organismos financieros y monetarios que controlan, "promovieron" programas de ajuste estructural que se basaron en una agresiva maquinaria de exportación de nuestras ventajas comparativas, usualmente recursos naturales diversos? ¿Bajo qué condiciones es válido adoptar medidas unilaterales, por ejemplo, amenaza de sanciones comerciales, para promover conductas sostenibles? ¿Las medidas unilaterales de tipo comercial adoptadas por algunos países contribuyen a la promoción del respeto a la legislación ambiental o por el contrario crean mayor pobreza y por ende mayor degradación del ambiente? ¿Constituye esta una forma de imperialismo ecológico o de proteccionismo verde? ¿Deben buscarse más bien mecanismos de consenso como los convenios internacionales, cuyo proceso es lento y largo? ¿Puede el ambiente esperar tanto? ¿Es legítimo para un país regular los métodos o procesos de producción de otros países, requiriendo medidas especiales compatibles con el ambiente? ¿No se trata acaso de una cuestión de extraterritorialidad de la ley? ¿No es una imposición inaceptable de valores? ¿Quizá pronto se una esta temática a los asuntos de índole laboral o de derechos humanos? ¿"Organismos" como el GATT, o su sucesora la Organización Multilateral del Comercio, ¿son los adecuados para resolver las disputas que involucren comercio y ambiente? ¿Crean los acuerdos de libre comercio más pobreza o más consumo, los dos grandes enemigos del ambiente? ¿Es justo aplicar normas de la misma naturaleza a países de estadios económicos tan disímiles como una nación desarrollada y otra en desarrollo? ¿Es ético que los países desarrollados promuevan el desarrollo sostenible cuando aún subsisten en ellos enormes problemas de polución? El principio de quien contamina paga, establecido por los países miembros

* Resumen de la Conferencia impartida en el Seminario Ambiental para Embajadores, Ministerio de Relaciones Exteriores y Organización para los Estudios Tropicales, agosto de 1994.

** Abogado. Graduado con honores de la U.C.R. Posgrado en Derecho Comercial. Profesor de la U.A.C.A. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.C.R. Jefe de la delegación negociadora costarricense en la primera conferencia de las partes del convenio sobre Diversidad Biológica. Encargado alterno nacional del Convenio. Miembro de la comisión asesora de Biodiversidad.

de la OCDE desde los setentas, pretende además internalizar en los costos de producción de sus exportaciones, generalmente productos manufacturados, la afectación del medio. De esta forma, nosotros como consumidores de los productos de esta clase pagamos de precio de un ambiente más sano en los países del norte. Pero por nuestra parte, al no utilizar este principio el precio no refleja la afectación del ambiente ni para los consumidores locales ni para los consumidores en el exterior. Es decir, el costo de la contaminación la pagarán más bien las generaciones futuras de los países en desarrollo y no los consumidores de todo el orbe, ¿es esto justo? ¿Promueve el libre comercio, o quizá lo que nosotros entendemos por tal, la disminución de normas que aseguren la calidad de los productos y nos protejan de posibles peligros o más bien promoverán mayor rigurosidad de las mismas? ¿Serán considerados subsidios las ayudas que pueda el Estado otorgar a empresas que están reconvirtiendo sus formas de producción tratando de hacerlos compatibles con el ambiente, por ejemplo, a través de la transferencia de tecnología?, etc.

Estas y muchas otras preguntas surgen de la observación de lo que ocurre en el sistema económico internacional. Esta exposición no pretende responder a estas inquietudes. Tan solo tratará de brindar algunas consideraciones generales sobre esta temática del comercio y su ambiente de tanta actualidad como importancia.

Posiblemente a raíz del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá (NAFTA) muchas de estas preguntas requerirán de una inmediata respuesta. Ello por varios motivos. Primero, porque se trata del primer acuerdo de comercio que incorpora la variable ambiental en las dimensiones en que el NAFTA lo efectúo. Segundo, porque a partir del NAFTA la pregunta no es si los acuerdos de comercio deben incorporar la variable ambiental, sino más bien cómo hacerlo. Tercero, el proceso de este tratado brinda enseñanzas sobre cómo se debe y cómo no se debe proceder en materia ambiental y de comercio exterior.

Una serie de aspectos deben ser analizados, en el marco de la relación entre comercio y ambiente. Estos son algunos de ellos:

- *El proceso de negociación:* debe permitirse la más amplia participación posible de los sectores de la sociedad civil abocados a la consecución del denominado desarrollo sostenible. Si los industriales y comerciantes participan de las negociaciones mediante el sistema del cuarto adjunto y de las consultas, lo mismo debe lograrse para el sector civil ambientalista. Quizá este proceder inicialmente choque con la forma tradicional como estos acuerdos han sido negociados. Sin embargo, si verdaderamente Costa Rica intenta convertirse en un modelo de desarrollo sostenible, como fue anunciado por las autoridades de este gobierno el 9 de mayo de 1994, nuevas actitudes y conductas deben ser asumidas por múltiples sectores de la sociedad. Una de estas nuevas decisiones debe estar constituida por la efectiva participación de las *ong en* el proceso de los acuerdos, lo que incluye el acceso adecuado a la información, elemento esencial en la toma de decisiones. La forma de incorporar a estas entidades puede aprovechar los aciertos y desaciertos que procesos similares, como el convenio de desarrollo sostenible Costa Rica y Países Bajos y las actividades que este gobierno ha auspiciado para crear canales de comunicación entre el sector *ong* y las autoridades públicas, han deparado.

- *Participación de las entidades públicas relacionadas con el desarrollo sostenible:* este punto merece ser aclarado previamente. En cualquier programa serio de desarrollo sostenible, las autoridades involucradas son todas. Las decisiones que toman cotidianamente diversos ministerios o instituciones autónomas, pueden tener repercusiones en el ambiente. No obstante, cuando se hace referencia a la participación de entidades públicas en la negociación, nos referimos a aquellas que poseen competencias directas para proteger el medio: el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el Ministerio de Salud, etc. e inclusive cabría pensar en incluir otras entidades que pueden cumplir con esa tarea como la Defensoría de los Habitantes.

- *Participación Pública del resto de la sociedad en los debates con el objeto de hacer lo más democrático posible el proceso.*

- De las tres cuestiones apuntadas, la primera y la tercera de ellas deben ser sopesadas junto con una de las características de los acuerdos comerciales: el carácter secreto de las negociaciones y la necesidad de mantener en reserva determinados aspectos de éstas, con el fin de no perturbar las conversaciones. Este equilibrio resultará crítico en el futuro cercano.

- *Vía conjunta y no paralela:* uno de los puntos más criticados del NAFTA, estuvo constituido por la forma cómo se discutieron los asuntos ambientales. Con el fin de obtener con mayor facilidad la autorización para iniciar las conversaciones, el llamado Fast Track, el entonces presidente Bush, debió asegurar a los Congresistas un adecuado tratamiento de los asuntos ambientales. De esta forma se estableció un canal de dos vías. Por un lado, se discutían los aspectos de comercio y por otro, los ambientales, con la excepción de las medidas sanitarias y fitosanitarias y las normas técnicas, materia en la cual el tema ambiental inevitablemente está presente. Este tratamiento separado, luego se modificó, de conformidad con la prometido por

el presidente Clinton en su campaña electoral. Sin embargo, este proceder trajo consigo más complicaciones que beneficios. Tampoco los denominados acuerdos paralelos o laterales en materia de medio ambiente y de trabajo, fueron del todo satisfactorios. Debe tenerse presente, como lo indica la Declaración de Principios de Río y el Informe Nuestro Futuro Común, que los asuntos ambientales deben ser parte integrante de los procesos de desarrollo y no verse en forma aislada. Por ello, es recomendable incorporar los aspectos ambientales desde un inicio y en forma conjunta y no paralela.

- *Evaluación del impacto ambiental del tratado:* se ha venido discutiendo sobre la necesidad e importancia de someter los acuerdos de libre comercio a un proceso de evaluación del impacto ambiental. Algunas naciones poseen normativa que obliga a evaluar el impacto ambiental de la legislación que desee promulgarse. En el caso del NAFTA, ante la insistencia del gobierno de Estados Unidos de no someter formalmente el mismo a la evaluación de conformidad con la ley de ese país en la materia, varios grupos ecologistas decidieron iniciar una acción legal contra éste y exigir la evaluación. En primera instancia un Juez de Distrito les dio la razón. No obstante, en definitiva, la Corte de Apelaciones revocó el fallo del juez considerando que no era obligación del Ejecutivo evaluar el impacto ambiental del Tratado. Pese a ello, revisiones ambientales del mismo fueron efectuadas por el propio gobierno tanto de Bush como de Clinton. En el caso de México la situación se presentó diferente y prácticamente no hubo información disponible sobre los efectos ambientales del acuerdo, aunque sí se elaboró un estudio sobre el tema, no disponible al público. En el caso de Canadá, aunque tampoco se realizó una evaluación ambiental, se efectuaron amplios análisis de los impactos del acuerdo sobre el medio. Es preciso determinar con claridad cuándo y cómo deben presentarse las evaluaciones.

Aspectos sustantivos:

- *Normativa sobre inversión:* debe establecerse claramente que las disposiciones que tiendan a facilitar el flujo de inversiones y que otorgan a ésta ciertos principios como el trato nacional para inversiones extranjeras, la no discriminación, etc., no obstaculicen la imposición y el cumplimiento de requisitos ambientales exigidos a las inversiones. Igualmente, debe contemplarse que los gobiernos no flexibilicen o disminuyan la aplicación de la normativa ambiental sobre inversiones, por ejemplo, exceptuando de un determinado requisito a las mismas, tanto de derecho como de facto, es decir solo haciendo caso omiso de la legislación. Cabe analizar si además de evitar la disminución de los requisitos, mantener el *statu quo*, se requiere proceder a incorporar normativa más estricta, según sea necesario. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que una de las mejores maneras de promover el desarrollo sostenible puede ser a través de la inversión y de la transferencia de tecnología ambientalmente amigable.

- *Objetivos:* los objetivos de los acuerdos de comercio usualmente se centran en aspectos de índole comercial y se refieren a promover el crecimiento económico, reducir barreras arancelarias y no arancelarias, etc.

Es importante que uno de estos objetivos este constituido por la promoción del desarrollo sostenible y que claramente se determine que el cumplimiento de objetivos de tipo comercial debe efectuarse en forma compatible con el ambiente.

- *Estándares:* dentro de los acuerdos de libre comercio, uno de los puntos cruciales está constituido por la normativa referente a las medidas sanitarias y fitosanitarias y a los obstáculos técnicos al comercio (normas técnicas). En ambos casos, la idea subyacente radica en asegurar que la protección de la salud de las personas, los animales, los vegetales y la protección del medio, etc., no se conviertan a su vez en medidas no arancelarias o barreras encubiertas al comercio. No obstante, en este campo existen dos tipos de intereses que se visualizan. Por un lado, la sociedad exige que las importaciones que se reciban cumplan con determinadas normas que aseguren su inocuidad. Por otro lado, los exportadores de terceros países pretenden que esta protección no impida el libre flujo de los bienes y servicios, distorsionado el comercio y configurando una forma encubierta de proteccionismo económico. El necesario equilibrio entre estos dos intereses debe ser resuelto de forma apropiada en un acuerdo de comercio. Esta respuesta incluye establecer el derecho de adoptar el nivel de protección adecuado a nivel de normas sanitarias y fitosanitarias y de normas técnicas al comercio, inclusive normas más estrictas que las elaboradas por organismos internacionales diversos de normalización. Establecer el derecho de aplicar los estándares propuestos. Fijar el papel de la ciencia en el establecimiento de los estándares (Qué fundamento científico deben poseer, si debe haber previa evaluación del riesgo, si debe probarse la base científica, si deben ser aplicados de manera que restrinjan en menor medida el comercio, etc.). Establecer que los procesos de armonización de los estándares, si se contemplan, no impliquen un nivel más bajo de protección. Fijar dentro de los objetivos legítimos de los estándares la protección del ambiente, etc.

En este punto es relevante a su vez asegurarse que los estándares no se apliquen en forma discriminatoria, no constituyan una restricción encubierta del comercio y sean necesarios para alcanzar los objeti-

vos legítimos que se consideren apropiados. Debe decidirse si se establecen parámetros para determinar la compatibilidad de una medida con el comercio: si debe ser la medida menos restrictiva dentro de las opciones posibles, como alguna "jurisprudencia" del GATT lo manda, si debe existir proporcionalidad entre el fin buscado y la forma de alcanzarlo, etc. Por otra parte, debe tenerse especial cuidado en mantener los sistemas de Registro de sustancias tóxicas, productos farmacéuticos, etc. Lamentablemente la experiencia de Costa Rica con el denominado Registro de Plaguicidas, sus modificaciones y los intentos de introducirle cambios, no sientan un precedente positivo en esta materia. Estas regulaciones deben ser lo más precisas posibles para evitar que los propios Estados se inhiban de adoptar las medidas adecuadas, ante el temor de que sean consideradas barreras no arancelarias y sujetas a un procedimiento de solución de controversias, por ser contrarias al Tratado o anular o menoscabar ventajas dimanantes de éste.

- *Aplicación del principio precautorio*: este principio tiene su origen en una de las características del derecho ambiental, el ser eminentemente preventivo antes que represivo. El mismo, es definido en la Declaración de Principios de Río, de la siguiente forma:

"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 e 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".

Formulada en términos un tanto extremos, esta disposición pretende que la ausencia de evidencia contundente, la duda respecto a la afectación o no del medio, no constituya un argumento para dejar de tomar las medidas que sean requeridas. Así, por ejemplo, la duda sobre los efectos del llamado calentamiento global, no deben impedir la adopción de medidas al respecto. Varios acuerdos de tipo ambiental lo contemplan.

Asimismo, debe establecerse claramente que en caso de que no exista evidencia científica podrán tomarse las medidas provisionales adecuadas, sujetas a revisiones posteriores si la información científica así lo sugiere.

- *Regulación de los procesos productivos*: Usualmente, se ha permitido la aplicación de normas de carácter técnico que permitan concluir sobre la conformidad del producto con ciertos parámetros. No obstante, más conflictivo ha sido el punto de si se permite o no regular el proceso de producción que condujo al producto. Recuérdese que el bien terminado al ingresaren las fronteras de un país, cae dentro del ámbito jurisdiccional de éste y puede ser válidamente regulado. Pero ¿qué sucede si lo que se cuestiona no es el bien en sí, sino su proceso de producción, no reflejado en la calidad de producto mismo? Este tuvo lugar fuera de las fronteras de un estado y por ende aplicar normativa local al mismo, se ha concebido como un cuestión de extraterritorialidad. El sonado caso del Delfín y el Atún, resuelto por un panel de solución de controversias del GATT y alguna otra "jurisprudencia" del mismo, brinda una buena ejemplificación del punto. La temática es sumamente rica y abre las puertas a un intrincada relación entre comercio, ambiente y desarrollo. Para algunos, permitir regular los procesos productivos constituye una forma de imperialismo ecológico, una imposición de valores que abre la puerta a una amplia gama de medidas: prohibir la venta de carne si el ganado se transportó de tal forma o de pollos si estos fueron criados en determinada manera, etc. El nuevo Código de Obstáculos Técnicos al Comercio de la Ronda Uruguay del GATT, permite regular los mismos y abre la puerta para una amplia discusión sobre esta materia. Por el contrario, el NAFTA, pese a cierta ambigüedad, no permite regular este tipo de procesos. Este debe constituirse en un punto de central atención en el futuro inmediato.

- *Subsidios*: deben establecerse disciplinas especiales que permitan el otorgamiento de subsidios a las empresas que produzcan de forma compatible con el ambiente; debe haber transferencia de tecnología en forma subsidiada. En ciertos casos, este proceder podría considerarse contrario a las normas sobre subsidios y por ende sujeto a derechos compensatorios, etc. En Costa Rica el proyecto de Ley de Responsabilidad Ambiental contiene un capítulo relativo a los incentivos a la protección del ambiente que incluye el establecimiento de contratos ambientales.

- *Control de exportaciones*: el GATT y el NAFTA contienen normas especiales para garantizar el control de las exportaciones de un país. Este tema ha sido objeto de debates sobre todo con relación a los carteles de productores y sus efectos sobre la oferta mundial de un producto o servicio. El GATT permite estas restricciones en ciertos casos específicos, artículo XI y XX, y el NAFTA sólo lo permite si la restricción no impide que se exporte una cuota menor a las exportaciones de los últimos 36 meses, la llamada cláusula de proporcionalidad, que no se aplica a México. Ciertas salvedades se establecen a este principio. No obstante, debe tenerse especial cuidado con esta temática, por cuanto la estructuración de una adecuada política ambiental en ciertos casos requerirá el control de la producción y de las exportaciones, como ocurre en materia forestal y de vida silvestre.

Propiedad intelectual: aunque hace poco tiempo esta temática no parecía poseer vínculo con lo ambien-

tal, recientemente a raíz del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas, ha ocupado un sitio importante. Debe determinarse con claridad aspectos tales como: patentes sobre formas de vida; si se permitirá patentar o no vegetales; si por el contrario serán protegidos por otros medios alternos o *sui generis* de tutela; si se incluirán los sistemas informales de innovación (el conocimiento tradicional indígena y el mejoramiento de las semillas y los animales efectuado por campesinos), etc. Los estudios sobre los efectos de los sistemas de propiedad intelectual sobre la bio-diversidad, es decir, si promueven su conservación, utilización sostenible y el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, han sido frecuentes, a veces con otros nombres y objetivos, en los últimos años.

- *Desechos Tóxicos*: estipulaciones sobre el manejo y el tráfico de desechos tóxicos pueden ser de importancia.

- *Energía*: si un acuerdo contemplara al sector energético sería conveniente establecer medidas sobre el uso racional de la energía, y en general asegurar una política adecuada relativa al uso de combustibles fósiles y de fuentes alternativas de energía (eólica, solar, etc.). Adicionalmente, mayor producción generará un mayor uso de energía e incrementará la cantidad de desechos.

- *Financiamiento*: normas especiales que aseguren que un porcentaje de los beneficios económicos del acuerdo se destinen al desarrollo sostenible.

- *Solución de controversias*: una de las críticas, a los acuerdos de libre comercio está constituida por la forma como la solución de controversias entre los Estados se verifica. Los cuestionamientos se centran en el carácter secreto del procedimiento, las audiencias, documentos, etc., hasta la resolución final. Igualmente se critica que la conformación de los paneles de expertos usualmente considera a conocedores del comercio internacional con una orientación pro comercio y no expertos en desarrollo sostenible. Por ello, la posibilidad de que se pongan a disposición del público resúmenes de los documentos, de que se integren los paneles con expertos en materia ambiental, de que se pueda recurrir a criterios de índole técnica, para asuntos específicos, de que la falta de aplicación de la normativa ambiental de pie a iniciar el proceso de consultas y solución de controversias, que eventualmente puedan imponer multas cuyo destino sea un fondo en favor del ambiente, etc., son elementos esenciales de este punto. La carga de la prueba en estos casos debe ser precisada, es decir, si corresponde a quien "impugna" la medida o a quien la adoptó.

Por último, la posibilidad de que los particulares puedan iniciar procedimientos de solución de controversias, reservadas a los Estados, debe ser estudiada. El Acuerdo Paralelo sobre Medio Ambiente negociado por México, Canadá y los Estados Unidos, permite que particulares acudan a la Secretaría que prevé el Acuerdo y planteen la violación de disposiciones ambientales. La Secretaría, después de analizar el caso, puede solicitar a la Parte cuestionada un informe. Eventualmente, después de una serie de pasos regulados por el tratado, se concluiría con un informe de hechos acerca de la violación de las leyes ambientales, por una Parte. Este informe puede ser hecho público. Si bien es cierto esta vía no finaliza con procedimiento de solución de controversias ni asegura la modificación de las violaciones, sí constituye un importante mecanismo de presión pública.

- *Prácticas de comercio desleal*: puede establecerse que se considerarán prácticas desleales de comercio, la no internalización de los costos ambientales en el costo de producción de una mercancía o servicio que ha sido importado. Ello implica, reflejamente, incorporar el principio de que quien contamina paga en los Tratados de Comercio.

- *Relación del Tratado con otros acuerdos de tipo ambiental*: ¿Qué relación existirá entre un tratado de comercio y aquellos acuerdos ambientales que contienen disposiciones de índole comercial? ¿Qué sucede en caso de contradicción? ¿Puede adoptarse válidamente una medida que se fundamente en un acuerdo ambiental pero que restrinja el comercio? Existen aproximadamente unos 20 acuerdos ambientales que contienen disposiciones de corte comercial, algunos de ellos en forma central como la Convención Internacional para el Comercio de Especies de Flora y Fauna en peligro de Extinción, el Convenio de Basilea sobre Tráfico Transfronterizo de Desechos Peligrosos, el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, el Convenio sobre Cambio Climático y la Convención sobre la Diversidad Biológica. ¿Cuál será la relación con estos convenios?

- *Excepciones*: los acuerdos de comercio contemplan excepciones a sus principios básicos. Dentro de estas cabe mencionar la protección del ambiente. La experiencia del GATT y sus paneles de solución de controversias en la aplicación del artículo XX del Acuerdo General, especialmente incisos b y g, es de particular importancia. Esta lección nos enseña que debemos tener sumo cuidado con la terminología utilizada en estos casos. Por ejemplo, en el ámbito del GATT mucho se ha discutido sobre el significado del término "necesario" que se emplea en las excepciones que se han argumentado para tomar medidas comerciales por motivos ambientales, etc.

- *Usualmente los Tratados de Comercio*: establecen una serie de estructuras institucionales para su

-

administración (una Comisión, Comités diversos, por ejemplo, sobre normas técnicas, prácticas desleales de comercio, agricultura, etc.). Asimismo, uno de estos Comités podría encargarse específicamente de los aspectos de corte ambiental.

- Aspectos macroeconómicos: ¿Cómo se evaluarán y tratarán aspectos de corte macroeconómico, por ejemplo, los impactos del libre comercio sobre la agricultura sostenible entre otros?

Las reflexiones anteriores únicamente pretenden poner de manifiesto una serie de importantes puntos que deben de ser considerados desde la perspectiva del comercio y del ambiente. Aún resta un largo camino por recorrer en esta materia y muchas de las inquietudes que se presentan deben ser tomadas en cuenta a la luz de los acuerdos de comercio que Costa Rica ha firmado, por ejemplo, con México, y que eventualmente pueda firmar en un futuro, por ejemplo, con Chile.