

ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA RELACIÓN COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Margarita Flórez, ILSA¹

En este documento se presentan algunas consideraciones alrededor de la relación entre comercio y medio ambiente a la luz de las repercusiones que podría tener, para la normatividad e institucionalidad ambiental, un Tratado de Libre Comercio. Bajo esta perspectiva, la primera parte del artículo examina las implicaciones de la extensión de los derechos de propiedad intelectual al caso específico de la diversidad biológica. En la segunda, se adelantan algunas observaciones acerca de la vigencia y el trámite de los acuerdos multilaterales de medio ambiente. Finalmente, la tercera parte expone la relación entre la institucionalidad ambiental y la participación ciudadana en materia ambiental.

Palabras clave: medio ambiente, comercio, diversidad biológica, Tratado de Libre Comercio, derechos de propiedad intelectual

This text offers a series of reflections concerning the relationship between trade and the environment, in light of the effects that a Free Trade Agreement might have for environmental norms and institutions. The first part of the article examines the implications of extending intellectual property rights to the specific case of biological diversity. In the second second, the author analyzes existing multilateral agreements concerning the environment. Finally, the relation between environmental institutionality and citizen participation in this area is studied.

Keywords: environment, trade, biological diversity, Free Trade Agreement, intellectual property rights

Introducción

Al abordar la relación entre medio ambiente y comercio se hace necesario partir de los elementos que les son comunes. La interdependencia, por ejemplo, es una noción que puede ser empleada bien sea como parte de un argumento en favor de la globalización económica y, con ello, de la necesidad de disponer de acuerdos de libre comercio que la aseguren jurídicamente, o bien dentro del discurso ambiental o su normatividad. De igual

modo, la multilateralidad es otro aspecto común a los regímenes comerciales y ambientales no obstante que ese carácter se haya diluido para el caso del comercio, el cual progresa, en estos días, bajo múltiples esquemas bilaterales o regionales (Salazar-Xirinachs 2002).

Para el caso específico de acuerdos de libre comercio, es frecuente que se de por aceptado que ambas agendas pueden coexistir sin problemas, pese a que en la práctica no hayan sido acordadas convenientemente. A nuestro

juicio, sin embargo, el tratamiento asignado a cada uno de estos temas ha tenido un desarrollo desigual: es claro que en las mesas de negociación el medio ambiente ha sido relegado o, ciertamente, su puesta en vigencia se ha separado del texto mismo del acuerdo. Asimismo, completa dicha situación el hecho de que el sistema ambiental internacional carezca de mecanismos que aseguren una implementación eficiente.

Por el contrario, el libre comercio, regulado de manera taxativa, no deja ningún resquicio a la interpretación, se asegura de un dispositivo en materia de cumplimiento y resolución de controversias erigiéndose como el ideal de cualquier norma de derecho internacional. A pesar de que cientos de documentos señalan la importancia del desarrollo sostenible, en cuanto marco regulatorio que ampara aquellos bienes y servicios sin los cuales la vida no es posible para ninguna de las especies, la retórica ambientalista dista mucho de poseer un nivel de eficiencia y de concreción mensurables y acordes con las necesidades que plantea su discurso.

Este texto presenta algunas observaciones sobre la relación comercio y medio ambiente a la luz del impacto que los tratados de libre comercio tienen sobre la normatividad e institucionalidad ambiental. Para tal fin se ha dividido el texto en tres partes. En la primera, se muestra la reducción del alcance de las normas de diversidad biológica en comparación con los derechos de propiedad comercial. En particular, se toma como ejemplo la modificación sustantiva que subyace a la

extensión del alcance de los derechos de propiedad intelectual sobre materia viva.

En la segunda, se examina el tema de la vigencia de los Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente (AMUMAS) una vez que naciones que los han aceptado se relacionan, comercialmente, con otros Estados que no los suscriben.

Finalmente, en la tercera parte, se exponen algunos aspectos relativos a la institucionalidad medio ambiental que adoptaron la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el TLCAN. Igualmente, se explora su conexión con la participación ciudadana (no prevista en los acuerdos comerciales), relacionándolos con el derecho a la información y participación en material ambiental, que se desprenden de las normas de carácter multilateral ambiental que nos rigen.

¿Son los Derechos de propiedad intelectual (DPI) aplicables a los descubrimientos?, ¿Podrá el TLC Estados Unidos - Colombia ir en contravía de una decisión comunitaria?

Uno de los temas críticos de la relación comercio – medio ambiente alude a las implicaciones del Acuerdo sobre Propiedad Intelectual y de Comercio (ADPIC)² en el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), debido a su incidencia en temas como materia viva, plantas, animales y microorganismos, es decir, sobre los componentes de la diversidad biológi-

2 El ADPIC abarca: derechos de autor y conexos; marcas de fábrica o comercio; indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes y UPOV; esquemas de trazado; protección de información no divulgada y control de prácticas anti-competitivas.

ca. A este respecto, se sostiene que la extensión de los derechos de propiedad intelectual (DPI) responde a la necesidad de proteger los resultados de las investigaciones en biotecnología así como a la necesidad de crear incentivos para el uso de los recursos biológicos y genéticos (Kohr 2003; Biswajit 2003: 77-78; Shiva 2005: 319-338).

Vale señalar, que el ADPIC estipula excepciones tanto para el desarrollo de patentes para plantas y animales como para los procedimientos esencialmente biológicos involucrados en su producción. Además, obliga a otorgar patentes a los microorganismos y recomienda el establecimiento de derechos de obtentores vegetales sobre las plantas o de regímenes *sui generis*.

Con la ampliación paulatina del marco de los ADPIC se incluyen los recursos provenientes de la diversidad biológica, como las plantas, los animales y los microorganismos, presionando así a los Estados para que reconozcan derechos cada vez más amplios en esta materia. Y, al mismo tiempo, se redujo la noción de invención ocasionando que cualquier clase de descubrimiento fuera susceptible de adquirir un derecho de patente o de obtenciones vegetales³.

Extrañamente, esta carrera acelerada por ampliar el número de especies en los catálogos de patentes no tuvo una decidida oposición desde el campo ambiental haciendo que los esfuerzos más audaces se limitaran a reclamar la aplicación del artículo 22 del CDB. Sin embargo, es claro que hasta

el momento esta cláusula no ha sido interpuesta con éxito frente a alguna legislación comercial. Más aún, las discusiones sobre el acceso a los recursos y la distribución de beneficios se han trasladado paulatinamente a espacios de comercio como la propia Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO), e, incluso, al ALCA y los TLC subregionales y bilaterales que pretenden ampliar estos marcos.

Con todo, a más de 10 años de haberse adoptado el ADPIC se señalan dudas acerca de los beneficios de la excesiva preponderancia de éste. Estudios sobre la materia indican que los países en desarrollo son importadores netos de tecnología suministrada por los países desarrollados y, además, que las firmas propietarias de la inmensa mayoría de los derechos de patente en todo el mundo pertenecen a ellos. Así, resulta evidente que las grandes potencias sean los principales beneficiarios del ADPIC. Se calcula, por ejemplo, que los beneficios para Estados Unidos son de aproximadamente 19.000 millones de dólares anuales. (Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual de CFID 2002). Es decir, el campo comercial se consolida mientras que el campo ambiental cede espacio.

Ante esta situación, el Convenio sobre Diversidad Biológica enunció y reclamó la soberanía para los países sobre sus recursos biológicos y genéticos, y puso, como contraprestación al acceso a dichos recursos, la transferencia de tecnología y la participación en los

3 El artículo 22 del Convenio contempla lo siguiente siguiente: "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." (Convenio sobre Diversidad Biológica)

beneficios de la biotecnología, reconociendo que éstos podrían estar amparados por derechos de propiedad intelectual (Flores 2002).

El régimen común andino sobre acceso a los recursos genéticos que implementa el CDB para la región, acogió las excepciones al ADPIC y determinó que los recursos genéticos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, es decir, no se puede conceder derecho de propiedad, ni usos exclusivos sobre ellos⁴. Los países andinos se acogieron a la excepción de patentabilidad que otorga el ADPIC⁵, y para el caso de las variedades sobre plantas se optó por otorgar derechos de obtentores vegetales. Asimismo, el régimen común andino no considera como invención al material biológico existente en la naturaleza, aunque haya sido aislado, incluyendo el “genoma o germoplasma” de cualquier material vivo⁶. No obstante, pese a que existen protecciones a través de derechos de obtenciones vegetales se ha descuidado la protección a través de patentes para las plantas. Y, respecto de los microorganismos se concede el patentamiento pero sólo respecto de aquellos que han sido genéticamente modificados⁷.

¿Qué implicaciones entonces, puede tener la pretensión de patentamiento de animales, plantas o microorganismos que solicita Estados

Unidos, para el derecho soberano de los Estados sobre los recursos, su conservación, y uso sostenible? De un lado, se afirma que los recursos genéticos y biológicos en su estado natural no están sujetos a protección por medio de Derechos de Propiedad Intelectual puesto que no se realiza ninguna tarea innovativa sobre ellos, y sobre esa base se apoya la normatividad respectiva en la Comunidad Andina de Naciones que, taxativamente, no lo permite. Sin embargo, en Estados Unidos un material biológico que ha sido modificado, una secuencia genética natural descrita, puede cumplir con los requerimientos básicos de la protección de patentes⁸.

De esta suerte, si la aspiración pública de Estados Unidos en el TLC, respecto de los países andinos, es lograr las patentes para plantas y animales, entonces ¿estaríamos en contradicción con la norma comunitaria? De ser así, ¿cómo se resolvería? Las menciones acerca de la importancia de la diversidad que han sido propuestas, por los gobiernos andinos, no constituyen suficiente control para la pretensión de asegurar las susodichas patentes.

¿Qué dicen otros TLC?

De acuerdo con el análisis de dos tratadistas sobre las consecuencias de lo

4 Esto corresponde a la Decisión 391 del Régimen Andino sobre acceso al recurso genéticos en su artículo 6.

5 Esto corresponde a la Decisión 344 y Decisión 486 de la CAN. Ellas se adoptaron con base en el artículo 27 numeral 3, literal b del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, (ADPIC) que hace parte del tratado que dio origen a la OMC, el cual permite erigir Derechos de Obtenciones Vegetales sobre Plantas y no patentar animales. Esta norma se considera el marco mínimo negociado, sobre el cual se puede ir concediendo más en negociaciones regionales, caso ALCA o bilaterales, como el TLC.

6 Así lo predica el Artículo 15 inciso b de la Decisión 486

7 Así señala la Disposición Transitoria Segunda de la Decisión Andina Decisión 486.

8 De acuerdo con algunos tratadistas, el patentamiento sobre las plantas puede aplicarse a diferentes materiales y procedimientos, proteínas aisladas o purificadas, secuencias aisladas de ADN, semillas, procedimientos para modificar genéticamente una planta, y procedimientos para obtener, entre otras modalidades (Correa 1998).

pactado en TLCEUCA o CAFTA (Rodríguez y Montesinos 2004) la situación empeora. Ellas sostienen que los acuerdos abren el camino para que Estados Unidos logre mayores protecciones a su favor dado que el Capítulo 15, el cual regula los DPI, señala que se trata de una obligación “mínima”. Este, adicionalmente, obliga a los países firmantes a adherirse a un conjunto de tratados y acuerdos sobre DPI, sin dar posibilidad alguna para que la Asamblea Legislativa o la opinión nacional los debatan o se pronuncie al respecto⁹. Resulta de especial interés, notar que la fraseología legal que las autoras denominan los “nadas” (palabra inicial en casi todas las cláusulas) contribuye a asegurar, por lo demás, la preponderancia del los DPI¹⁰.

De esta manera, queda claro que instrumentos internacionales que no habían sido firmados o ratificados, entran directamente a ser parte de la legislación aplicable en los países centroamericanos.

En el TLCEUCA o CAFTA, la bioprospección, primer paso para cualquier investigación científica o con propósito comercial, se clasifica como un servicio transfronterizo¹¹. Obviamente, al aceptarse que es un servicio, entraría en conflicto con la norma comunitaria andina arriba enunciada. En consecuencia, un asunto clave sobre diversidad, materia de un acuerdo multilateral acerca de medio ambiente, estaría supeditado al acuerdo comercial y, por ende, cambiaría su naturaleza jurídica.

Conocimiento tradicional

Hasta la adopción del CDB, el tratamiento aislado del conocimiento, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y de las comunidades locales no estuvo nunca considerado por el derecho internacional. Con el artículo 8 en su literal j¹² del CDB queda proclamado, no obstante, que los Estados deben proteger los conocimientos de los pueblos indígenas. Pese a esto, los pueblos indígenas se

9 El Artículo 15, numeral 2 señala que entrarán en vigor con la firma del Tratado: a) el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996; y b) el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996. Por su parte el Artículo 15 en su numeral 3 señala que antes del 1 de enero del 2006 también entrarán en vigor: a) el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, según su revisión y enmienda de 1970; y b) el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes suscrito en 1980.

10 El capítulo sobre PI contiene varios artículos que empiezan con el lenguaje engañoso de los “Nadas”. Esta es una mera formalidad retórica ya que, con frecuencia, su contenido es negado antes o después de que se hace la tal afirmación. En ocasiones el “Nada” se condiciona a renglón seguido con un “pero”, o un “sin embargo”, logrando borrar de la misma manera todos los argumentos iniciales.

Por ejemplo, el Artículo 15, numeral 1, inciso 7 señala que: “Nada en este Capítulo será interpretado como que deroga las obligaciones y derechos de una parte con respecto a la otra en virtud de los ADPIC u otros acuerdos multilaterales sobre propiedad intelectual (...)”. Esto es totalmente falso y queda invalidado en otros artículos. Así en el Artículo 17, numeral 1, inciso 5, se impone la obligación a los países de adherir o ratificar el Convenio ya mencionado de la UPOV; y en el artículo 15, numeral 9, inciso 2, se señala que los países deben “realizar los mayores esfuerzos para que se concedan patentes a plantas” si es que no lo han hecho.

11 En el anexo sobre el sector de Servicios Científicos y de Investigación y en el de Obligaciones Afectadas en relación con presencia Local, se cita al Artículo 63 de la ley número 7788 del 30 de abril de 1998 (Ley de Biodiversidad): “Servicios Transfronterizos. Los nacionales extranjeros o las empresas con domicilio en el exterior que suministran servicios de investigación científica y bioprospección, con respecto a la biodiversidad en Costa Rica, deberán designar un representante legal con residencia en Costa Rica.” (1998)

12 El artículo 8 en el literal j, del Convenio de Diversidad Biol señala: “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. www.biodiv.org.

han manifestado, en varias oportunidades, aludiendo a que esa protección debe corresponder al carácter acumulativo y colectivo de esos conocimientos, y que los regímenes que sobre ellos se establezcan deben respetar esas particularidades.

Los pueblos indígenas reclaman de este modo¹³, la vindicación de sus derechos colectivos sobre sus conocimientos, ciencia, tecnología, innovaciones y prácticas; el derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones relacionados con el acceso a sus conocimientos y recursos. Inquieta a los pueblos indígenas el hecho de que sus conocimientos e incluso sus propias personas se utilicen como objetos de investigación para la bioprospección o la piratería biológica. Por dicha razón propusieron no aceptar, bajo ningún concepto, la aplicación de los regímenes de derechos de propiedad intelectual en relación con distintas formas de vida y los conocimientos tradicionales conexos. Esta orientación es seguida por la normativa andina la cual protege el conocimiento tradicional¹⁴, de la comunidad indígena, de la comunidad afroamericana o de cualquier comunidad local¹⁵. Asimismo, reconoce y valora el aporte de estas comunidades y por

tanto su derecho para decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos o a sus productos derivados. Recientemente la CAN apoyó una propuesta sobre un marco normativo regional para la protección de estos conocimientos relacionados con la biodiversidad. Esta propuesta plantea una protección sui generis a los conocimientos tradicionales colectivos e integrales de los pueblos indígenas sobre la base del derecho consuetudinario y las propias prácticas culturales reconocidas en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones¹⁶.

¿En qué estamos?

Los países andinos han rechazado hasta ahora la pretensión de Estados Unidos para aceptar patentes sobre plantas y animales, y respecto de los microorganismos se atiene a lo preceptuado en la norma comunitaria, esto es, que la materia es revisable a la luz de los posibles exámenes que se hagan en el marco de la OMC. También pretenden los países andinos que Estados Unidos endurezca su legislación sobre patentes exigiendo que, en la revisión de las solicitudes, se pida un certificado sobre el país de origen de los recursos. Pero si, en virtud de una decisión política de

13 Pronunciamiento del Foro Indígena Internacional sobre Diversidad Biológica, cuyas conclusiones hacen parte de los documentos oficiales de NNUU. www.biodiv.org

14 Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual, artículo Decisión 391 de 1996, CAN, <http://www.comunidadandina.org>.

15 Con comunidad local se alude a cualquier grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que conserva, cualquiera que sea su situación jurídica, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas (CAN 1996).

16 Los especialistas se basan en: el Convenio sobre la Diversidad Biológica; las Guías de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios; el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; las Decisiones 391 sobre Acceso a los Recursos Genéticos y 486 sobre Propiedad Industrial y la Estrategia Regional sobre Biodiversidad de la CAN; las Constituciones Políticas de los respectivos países y la legislación interna. Del régimen de protección a las creaciones y las invenciones dentro del marco de los Derechos de Propiedad Intelectual, DPI, como son la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor, se considera que los referidos a diseños, registros internos, denominaciones de origen y derechos de autor, pueden constituir figuras complementarias a la protección sui generis propuesta.

último momento, se acepta la petición de poder patentar plantas, animales y de no hacer ninguna distinción a favor de la protección de los conocimientos tradicionales, se iría contra la decisión 391, y por consiguiente contra la implementación que se hizo del convenio sobre diversidad.

Por otro lado, respecto al conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y el conocimiento tradicional normado en el CDB, lo que estaría en juego es o bien respetar la voluntad expresa de los pueblos indígenas, comunidades negras y campesinas tradicionales, basada en la autonomía que les otorgan instrumentos internacionales y nacionales¹⁷, o bien ceder ante las pretensiones de un Tratado de Libre Comercio que pudiera obligarlos a entrar dentro del régimen de los DPI.

Lamentablemente, es esta última ruta la que parece ser seguida en el borrador del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), especialmente en el capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual. Ante esta situación, los pueblos indígenas han exigido una protección especial, fundada en sus derechos humanos fundamentales, para el valor intrínseco del conocimiento tradicional colectivo e integral. Señalan así, refiriéndose a su propuesta: "Como una respuesta defensiva a los DPI que busca proteger dere-

chos monopólicos sobre el conocimiento" (Florez 2005: 288-311).

Es conclusión, lo que busca el TLC podría ir en contravía de esta propuesta, pues permitiría que los derechos de propiedad intelectual pudieran establecerse sobre estos conocimientos.

Relaciones entre legislaciones ambientales nacionales:

¿se podrán respetar los AMUMAS entre Estados que no los firman y otros que si lo hacen?

Respecto del tratamiento que se otorga a los AMUMA, Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente, en los acuerdos comerciales, comenzamos por señalar que no todos los países que son miembros de la OMC, o de un TLC, caso específico Estados Unidos, son miembros de los AMUMA. Este desbalance se refleja en el texto del TLCEUCA o CAFTA el cual reconoce la importancia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, incluido el uso apropiado de medidas comerciales contempladas en tales acuerdos destinadas al logro de objetivos ambientales específicos; el texto señala, además, que las partes deben consultarse acerca del acatamiento de las normas que emanan de acuerdos firmados por ambas partes (cursiva de la autora), sean estos

¹⁷Ellos son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Constitución Nacional en su artículo 330. El Convenio establece para el Estado en el artículo 7 la obligación de realizar las consultas sobre las prioridades en aquellos casos en que " los procesos de desarrollo " afecten cuestiones vitales para su vida como Pueblos, tales como vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual. Por ello se prescribe los estudios de evaluación sobre impactos sociales, culturales espirituales y sobre el medio ambiente que puedan afectarlos, y se aspira que con este mecanismo se incida sobre los procesos de desarrollo que les amenazan o menoscaban su integridad territorial y social. Asimismo, con el artículo 8 se les garantiza que puedan conservar sus costumbres y su derecho consuetudinario haciendo un reconocimiento de que esas formas sociales constituyen la base de su sistema social, y que para garantizar su supervivencia política es necesario reforzar esos mecanismos propios que han sido mantenidos por cientos y miles de años. La Constitución colombiana de 1991, por su parte, adopta elementos esenciales de este convenio respecto del trato que se dará a los pueblos indígenas en el país, especialmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la multiculturalidad de la nación al igual que los procesos que deben adelantarse para que los pueblos puedan expresarse sobre los asuntos que afectan su vida, sus territorios y sus recursos.

ambientales o comerciales.

¿Cómo se solucionan entonces, las controversias respecto a la vigencia de tratados internacionales en el texto del CAFTA cuyo texto sólo incorpora tratados sobre propiedad intelectual pero no se mencionan los AMUMAS? (Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte 2002: 11). Si Colombia quiere que sean respetadas sus posturas respecto de los AMUMAS, debiera incluirlas en el preámbulo para que constituyan un piso mínimo, ya que no basta con declaraciones sobre la importancia de la diversidad para que éstas sean eficaces

¿Si se acarrean controversias sobre la aplicabilidad de los AMUMAS en el marco de los TLC, cómo se solucionan? La experiencia del NAFTA indica que cuando se susciten controversias, éstas pueden ser resueltas por medio de los mecanismos propios del tratado sobre medio ambiente (casi ninguno lo posee), salvo cuando se trate de medidas sanitarias o fitosanitarias que siguen la solución de controversias aplicable a las materias comerciales. En el caso del CAFTA, la regla general es que si no hay un acuerdo amistoso, el encargado de dirimir las controversias es el mecanismo aplicable a todo el tratado, con excepción para la fiscalización de la gestión ambiental.

Esto tiene importancia significativa en el caso de América Latina, y Colombia donde se presenta uno de los más altos índices de firma y ratificación de Convenios sobre medio ambiente, y buena parte de las políticas y normas internas que se han implementado se

basan en el acatamiento a sus disposiciones (CEPAL 2002)

Un ejemplo concreto de la aplicación de nociones provenientes de la normatividad ambiental internacional, el cual tendría que prevalecer ante un eventual TLC, es el principio de precaución. Según éste se debieran, por un lado, permitir excepciones nacionales por razones ambientales sin que se tomara como factor restrictivo del comercio, y, por otro, exigir una prueba científica completa siguiendo los preceptos comerciales. En el caso colombiano este principio es pilar de la legislación ambiental.

Otro problema que surge, conduce a la definición de la legislación ambiental. Tomando como antecedente el CAFTA, consideramos que es difícil fijar el alcance de términos como “niveles altos de protección ambiental”. A pesar de que se dice, que cada uno de los Estados puede formular su propia legislación ambiental y ser soberano etc., la noción de legislación ambiental se redefine (Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte 2002: 11). En efecto, la definición de legislación ambiental es redireccionada y sólo queda vigente para efectos del TLC respecto de actividades de contaminación y áreas protegidas.

En el caso de Colombia¹⁸ se menciona que se puede excluir de la definición de legislación ambiental la explotación comercial de recursos naturales (énfasis añadido por la autora). Es decir, ¿quedarían por fuera del ámbito del tratado la amplia legislación ambiental nacional concerniente a humedales,

¹⁸Texto de comunicación enviada en enero del 2005 por el Ministerio de Comercio a una lista de correos dentro de los cuales está la autora.

diversidad biológica y aprovechamientos forestales? O mejor dicho, ¿no se consideraría legislación ambiental gran parte de la adoptada hasta ahora por el país proveniente, en su mayoría, de compromisos internacionales?

Si así son las cosas, quedaría por fuera lo relativo al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, e, igualmente, aquella parte relativa al uso sostenible de los recursos naturales no renovables como serían el código minero y el de hidrocarburos (MAVDT 2002; Ministerio del Medio Ambiente 1994). De esta suerte, se desconocería el mandato de que en Colombia todos los sectores deben encuadrarse dentro de los objetivos del "desarrollo sostenible".

La no-inclusión de la totalidad de la legislación ambiental obedece a que en países como Canadá y Estados Unidos, de donde procede esta fórmula, la naturaleza ambiental de una norma está determinada por el ente que la dicta, es decir, es un asunto de división de competencias. En Colombia y en los países andinos, las normas se consideran ambientales por su contenido, no por las autoridades que las adoptan. Esta es la razón, sin duda, de que existan disposiciones ambientales en las normas proclives a regular los sectores productivos sin que por ello éstas pierdan su carácter ambiental. Así, pese a que estas normas se refieran, por ejemplo, a explotaciones de recursos con fines comerciales pueden incluir

previsiones de carácter ambiental¹⁹.

Al examinar qué aspectos legales podrían ser modificados posteriormente, tenemos que en el caso del CAFTA, representantes de la sociedad civil y la academia, advierten sobre las obligaciones que éste acarrea. Estas implicaciones pasan por la obligación de derogar o modificar leyes nacionales existentes o de aprobar nuevas, como el caso de la electricidad y la seguridad social. Otro aspecto que preocupa es la restricción a las posibilidades de modificar las leyes, ya que el legislativo no podría cambiar nada que no muestre un "grado de conformidad" con las obligaciones contenidas en el tratado. Es decir, sólo podría modificarse una norma si no está conforme al tratado pero no al revés. Cualquier reforma en contravía, acorde con la teoría de la "seguridad jurídica", es asimilada como una violación de las obligaciones del tratado.

Participación ciudadana: ¿Son suficientes o insuficientes las instituciones que desde lo comercial se relacionan con el medio ambiente?

En las negociaciones que culminaron con la creación de la OMC, el tema ambiental quedó en segundo plano y esto se expresa, actualmente, en el bajo nivel de representación que tiene dentro de esta organización²⁰. En estas negociaciones, no se incluyó

¹⁹De otro lado, tenemos que existe una tendencia, por lo menos en Colombia, a adelantarse a la suscripción del TLC mediante el impulso de iniciativas legislativas que colocan al país en un camino de rápida adaptación. Actualmente cursan dos proyectos de ley: el Estatuto Forestal, el cual sólo regula aspectos de plantaciones comerciales y ha sido tramitado sin tener la suficiente difusión ni incorporar criterios medioambientales, y focalizándose en aspectos de plantaciones comerciales; y, por otro lado, el proyecto de ley de aguas que podría conducir a privilegiar aspectos comerciales antes que fines medioambientales. De continuar esta tendencia, la suscripción del TLC, en las condiciones anotadas, sólo validaría situaciones ya creadas por leyes nacionales.

²⁰Decisión sobre comercio y medio ambiente tomada por los Ministros reunidos con ocasión de la firma del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales en Marrakech el 15 de abril de 1994. El Comité sobre Comercio y Medio Ambiente (CCMA) se estableció mediante una Decisión Ministerial posterior a la firma del tratado. www.wto.org

ningún acuerdo específico sobre medio ambiente y si bien existía dentro del texto del acuerdo marco menciones o referencias a asuntos medioambientales, éstas diferían respecto de su alcance y entendimiento en relación con las normas ambientales. Adicionalmente, el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA), órgano encargado de examinar, pero no de decidir sobre estos temas, quedo relegado simplemente a la realización de recomendaciones, basándose para ello en dos premisas básicas: 1) la OMC es un organismo sólo competente para el comercio, y 2) si existen problemas, las soluciones tienen que encontrarse bajo los principios del sistema de comercio de la OMC²¹.

En este sentido, el CCMA ha sido escenario de importantes discusiones sobre las incompatibilidades que surgen entre AMUMAS y las normas de libre comercio; sin embargo, asuntos clave han permanecido aún sin ser cuestionados, mucho menos, solucionados. Su carácter es estrictamente deliberativo. Prueba de ello es que la sección sobre Comercio y Medio Ambiente de la Declaración de Doha reitera los compromisos iniciales entre comercio y medio ambiente, y señala que las negociaciones sobre el tema se harán “sin prejuzgar su resultado, sobre la relación entre las normas vigentes de

la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA” (Reunión Ministerial de la OMC 2001: punto 31).

En el ámbito regional, la experiencia del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACCAN), paralelo al NAFTA o TLCAN, y la institución que lo administra, la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte del NAFTA (CCAAN), revelan algunos avances sobre la posibilidad de que los ciudadanos puedan realizar consultas sobre el cumplimiento de las legislaciones ambientales de los países firmantes.

A pesar de que el ACCAN incluye obligaciones sobre medidas ambientales, esto no impide, por ejemplo, la exportación de sustancias como los pesticidas, que son prohibidos en el país que los fabrica. Otro aspecto que preocupa es la diferencia entre las normas ambientales de los socios comerciales del TLCAN, que contribuyen a que se generen casos específicos de refugios de contaminación. Se cita como ejemplo el aumento de más de 400% en las importaciones de desechos peligrosos de Estados Unidos a Canadá (CCA 2002).

Otro evento que tiene impacto sobre la relación comercio - medio ambiente es la reducción de aranceles y

21 En desarrollo de estos principios el CCMA tiene competencia para hacer recomendaciones sobre si son necesarias modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema. Además puede estudiar la necesidad de normas que aumenten la interacción positiva entre las medidas comerciales y las medidas ambientales; puede, igualmente, evitar que bajo argumentos medioambientales se encubran las medidas comerciales proteccionistas, así como evaluar la adhesión a disciplinas multilaterales eficaces en la medida que garanticen la capacidad de respuesta del sistema multilateral de comercio a los objetivos ambientales enunciados en el Programa 21. También es de su competencia lo relativo a las normas y reglamentos técnicos y prescripciones en materia de envase y embalaje, etiquetado y reciclado; la relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente; y la cuestión de la exportación de mercancías cuya venta está prohibida en el país de origen.

medidas no arancelarias sin haber evaluado, en profundidad, si éste hecho contribuye o no al daño ambiental. Ejemplo de ello es el caso del TLC firmado entre Estados Unidos y Chile, en el que se reducen las actividades reguladoras de la utilización de los recursos naturales, como es el caso de los recursos forestales, como vedas, restricciones de cosecha, esquemas de certificación, entre otras.

En el Programa 21²², adoptado por los gobiernos en la CNUMAD, el tema de la plena participación ciudadana se planteó como un derecho y un deber; se suponía que todas las decisiones que afectarían el medio ambiente debían tener una amplia participación y consulta de la población. Sin embargo, a lo largo del proceso de las negociaciones sobre libre comercio, este presupuesto casi desaparece. Peor aún, hasta la fecha no ha habido audiencias que traten las repercusiones de la agenda comercial para el medio ambiente.

El factor más favorable respecto al medio ambiente es, tal vez, la existencia de un Comité Consultivo Conjunto (CCPC), constituido por 15 miembros voluntarios que sirven de asesores al Consejo y al Secretariado de la ACAAN; sus aportes más significativos, consisten en facilitar el acceso a la información ambiental y velar por la aplicación de la legislación ambiental, además de apoyar las consultas públicas. El presupuesto es que la ciudadanía tiene que participar y éste novedoso procedimiento de peticiones, permite a los ciudadanos de los países del TLCAN, argumentar cuando consideren que una de las partes del Acuerdo

no está aplicando de manera efectiva su legislación ambiental. Así, una gran cantidad de la política ambiental se ha elaborado sobre la base de que existe un compromiso social, el cual integra a todos los grupos de interés en torno de la protección del ambiente.

Sin embargo, preocupa que este Comité consultivo no esté incluido en el CAFTA, aún cuando se prevén sesiones públicas en las cuales podrían intervenir organizaciones ciudadanas (Shatan y Muñoz 2005). No tenemos conocimiento sobre el tratamiento que se da al tema en el TLC entre Colombia - Estados Unidos, pero sí podemos advertir que debería incluir las numerosas provisiones legales sobre información pública, en tanto se expresa allí el derecho a la participación. Poco contribuye al discurso democrático que la ciudadanía no tenga y ejerza su derecho a la participación en el examen de lo público, que corresponde al espacio de los intereses colectivos. Este derecho parece estar ausente en los procesos de decisión relacionados con temas comerciales. En general, el asunto se toma como secreto de Estado y pese a que, en el caso colombiano, se han creado “el cuarto de al lado y el de lectura”, estos mecanismos no alcanzan para sustituir el debido acceso a la información y a la participación que está consagrado en el ámbito constitucional y legal. Al igual que en el caso de las negociaciones sobre el ALCA, la participación está a cargo de la oficina de participación de los gobiernos.

Conclusiones y propuestas

Los casos enunciados anterior-

22 Corresponde al Principio 10 que contempla la Iniciativa de Acceso a la información. www.mincomercio.gov.co

mente, evidencian que los intentos por conciliar los intereses del comercio y del medio ambiente, y de crear una institucionalidad adecuada están lejos de lograrse. En nuestro concepto, el tema del medio ambiente demanda, al igual que los demás temas centrales de los acuerdos comerciales, un análisis exhaustivo.

Tal vez frente a la relación medio ambiente y comercio, sea necesario aumentar los esfuerzos para resolver profundos conflictos, sin asumir, como punto de partida, una inusitada sensación de compatibilidad que está lejos de alcanzarse en la realidad. Aceptar esto equivale a someter la agenda ambiental a las presiones del libre comercio.

A este respecto, los aspectos controversiales del TLC con Estados Unidos deben ser objeto de una amplia evaluación acerca de lo que implican para el país tanto su suscripción “vis a vis” como los AMUMAS. Evidentemente, esto no se ha realizado debido a que los espacios de interlocución con algunos representantes de los ciudadanos, no cumplieron los requisitos propuestos en la ley colombiana sobre intervención en normas o procesos que puedan tener serios impactos sobre el medio ambiente.

Si se persiste en firmar el TLC Estados Unidos - Colombia, no se debe dejar de lado ninguno de los logros de promoción del desarrollo sostenible, ni interrumpirse la carrera de sometimiento del país a los más altos estándares ambientales provenientes del campo multilateral en materia de

medio ambiente. No podemos darnos el lujo de debilitar los compromisos internacionales dada las responsabilidades adquiridas; responsabilidades que implican una serie de condicionamientos que no favorecen a nuestro país. Asimismo, es prudente garantizar la coherencia de las políticas medio ambientales y el libre comercio e identificar los conflictos y sinergias potenciales. Si esto no se adelanta, se reducen las posibilidades de formular medidas de mitigación y fortalecimiento.

Además, es necesario adoptar una norma como el Decreto Ejecutivo 13141 de 16 de noviembre de 1999²³, el cual dispone que todos los acuerdos comerciales que Estados Unidos suscriba (en algunos casos es retroactivo), deben pasar por un proceso de evaluación de impacto ambiental. El objetivo general del proceso de revisión es asegurar que las consideraciones ambientales sean parte integral en el desarrollo de las posiciones de ese país en las negociaciones comerciales.

Asimismo, es fundamental incorporar mecanismos de participación ciudadana que garanticen una efectiva y decisiva intervención de organizaciones de todo tipo, para realizar el seguimiento a los resultados del acuerdo sobre el medio ambiente.

Finalmente, pensamos que es impostergable la creación de una institución de cooperación ambiental independiente, como la establecida bajo el acuerdo paralelo ambiental del TLCAN, con un programa de cooperación ambiental, formación, metas

23 En el Decreto se instruye a la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) y al Consejo sobre la Calidad Ambiental (CÉQ) a que elabore las directrices para la implementación del mismo, y se encarga al Comité Interagencial de Política Comercial (TPSC), coordinado por USTR y que se compone por 17 agencias y oficinas federales, llevar a cabo la evaluación. www.inca.or.cr/noticias/docs/20001004.00121.htm

claras y puntos de referencia, y un monitoreo objetivo del progreso ambiental que esté, a su vez, respaldado por financiamiento. De forma análoga, se requieren espacios para intervenir de manera decisiva y significativa en la evaluación o revisión ambiental del TLC. Nos parece, en este sentido, que sin tomar las debidas precauciones tendríamos al final instituciones y normas vacías de contenidos, o impedidas para cumplir su cometido, con graves consecuencias para el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

Bibliografía

Acuerdo sobre Propiedad Intelectual y de Comercio, Artículo 27 numeral 3, *Patentamiento de materia viva*. www.wto.org.

Araya, Mónica, Ed. 2000. "Comercio Y Ambiente: Temas para Avanzar el Diálogo". Organización de los Estados Americanos. Marzo

Biswajit, Dhar. 2003. *The convention on biological diversity and the trips agreement: compatibility or conflict, en Trading in knowledge*. International Centre for Trade and Sustainable Development, ed., "Development perspectives on Trips, trade and sustainability" p 77 – 88.

CCA. 2002. *Efectos ambientales del libre comercio*, ponencia presentada en el Simposio de América del Norte sobre "Análisis de los Vínculos entre Comercio y Medio Ambiente", octubre. www.cec.org

CEPAL. 2002. "La sostenibilidad del desarrollo en América Latina y el Caribe". Capítulo VII. Marco internacional, p 181.

CLAES, FARN, WWF. 2002. "Evaluación de impacto ambiental de los acuerdos comerciales". www.claes.org.uy

Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual de CFID. 2002. *Integrando los Derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo*. <http://www.iprcommission.org>, Email: ipr@dfid.gov.uk

Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte. 2002. *El libre comercio y el medio ambiente: la imagen se aclara*. "Repaso de las predicciones sobre ambiente y comercio". www.cec.org.

Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte. 2002. *El libre comercio y el medio ambiente: la imagen se aclara*, p 11.

Correa, Carlos. 1998 *Access to plant genetic resources and intellectual property rights*. FAO, CGRFA.

Correa, Carlos. 1998. "Access to plant genetic resources and intellectual property rights", FAO, CGRFA.

Declaración Chile: organizaciones ciudadanas cuestionan propiedad intelectual en el ALCA: exigen preservar el derecho al desarrollo. www.biodiversidadla.org.

Esty, Daniel C. 2001. "El reto ambiental de la Organización Mundial del Comercio. Sugerencias para una reconciliación", Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Editorial GEDISA.

Florez, Margarita. 2002. "Implementación del convenio sobre diversidad biológica: por don de vamos y qué paso?", en "La vida en venta: transgénicos, patentes y biodiversidad". El Salvador: Ediciones Heinrich Boll.

Kohr, Martin. 2003. "El saqueo del conocimiento. Propiedad intelectual, tecnología y desarrollo sostenible". Barcelona: Icaria Editorial e Intermon Oxfam.

Ministerio del Medio Ambiente. 1998. "Políticas Ambientales y Sectoriales". Ministerio do Medio Ambiente do Brasil. 2002. *Una agenda positiva para o desenvolvimento sustentable*. "Documento preparado para a XIII Reuniao do Forum de Ministro do Medio Ambiente da América Latina e Caribe".

Negociaciones sobre el medio ambiente. 2001. *Progresos realizados por el Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria para llegar a un común entendimiento de los conceptos contenidos en su mandato, que figura en el párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha*. www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/draft_decl_s.htm

Oficina Asesora de Negociación Internacional, 1998. *Declaración ministerial. Adoptada el 14 de noviembre de 2001*. Punto 31. www.wto.org

Oficina Asesora de Negociación Internacional. 1998. "Manual de Tratados Internacionales en medio ambiente y desarrollo sostenible, Ministerio del Medio Ambiente".

OMC. 1998. *Referencias Comercio y medio ambiente*. "Documento de antecedentes presentado en el Seminario sobre Comercio y Medio Ambiente", El Cairo.

Proyecto Integración, Comercio y Ambiente (INCA). 2000. *Evaluación de impacto ambiental de los acuerdos comerciales*. www.inca.or.cr/ / [http://65.108.190.76/cgibin/newspro/viewnews.cgi?newsid1025132870,38888,](http://65.108.190.76/cgibin/newspro/viewnews.cgi?newsid1025132870,38888)

Rege, Vinod. 1998. *Law and environment-related issues affecting trade of developing countries*, en *Journal of World Trade*, No 290, Capítulo 21, 28 de marzo.

Reunión Ministerial de la OMC (DOHA). 2001. *DECLARACIÓN MINISTERIAL.WT/MIN, 20 de noviembre de 2001*.

Rodríguez, Silvia y Montesinos, Camila. 2004. *El caso de Costa Rica*. Documento recopilado por Pensamiento Solidario, febrero.

Rodríguez, Silvia y Montesinos, Camila. 2004. *Reflexiones en torno al tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EUCA)*. Documento recopilado por Pensamiento Solidario, febrero.

Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. 1994. *Decisión Sobre Comercio y Medio Ambiente*. Marrakech: 15 de abril. www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/56-dtENV_s.htm.

Salazar-Xirinachs y José M. 2002. *Proliferation of Sub-Regional Trade Agreements in the Americas: An Assessment of Key Analytical and Policy Issues*. "A Publication of the Organization of American States Trade Unit". October. www.oas.org

Schatan, Claudia y Muñoz, Carlos. 2005. *Cooperación ambiental en el NAFTA y perspectivas en el CAFTA*. Documento presentado en el "Seminario Cooperación Ambiental en CAFTA: perspectiva desde Nafta". El Salvador: CEPAL Y CCAD, 28 y 29 de abril. www.eclac.org

Shiva, Vandana. 2005. *Biodiversidade, direitos de propriedades intelectual e globalizacao*, en Boaventura de Souza Santos, ed., "Semear out-

ras solucoes. os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivaiais”. Rio de Janeiro.

Otras referencias

Artículo 14 del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios. www.omc.org

Artículo 20 del GATT. *Obstáculos Técnicos al Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Agricultura, Subvenciones y Medidas Compensatorias*, “Propiedad Intelectual”. www.omc.org Convenio sobre Diversidad Biológica, Artículo 22. www.biodiv.org

Decreto 2811 de 1974 y decretos reglamentarios, Editorial Publicitaria, 1993.

Decreto 2811 de 1974 y decretos reglamentarios, MAVDT, 2002.

Informe al Congreso de la República. 1994. Memoria del Primer Ministro del Medio Ambiente, Tomo III. Ley 99 de 1993.

Ley 99 de 1993, Ministerio del Medio Ambiente. 1994. “Tratados Internacionales firmados y ratificados por Colombia.

Principio 10. Iniciativa de Acceso a la información. www.inicitivaacceso.org