

# Transgénicos, principio precautorio y OMC

Para determinar la compatibilidad existente entre, por ejemplo, una medida de prohibición -o restricción- de un organismo genéticamente modificado y las reglas del sistema de la Organización Multilateral del Comercio (OMC), se requiere analizar las disposiciones de los textos legales aplicables, particularmente las contenidas en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF) y en el Código de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), cuerpos legales que exigen que la medida adoptada no sea más restrictiva del comercio de lo necesario para alcanzar sus objetivos. El artículo 2.2 del OTC manda que las regulaciones no sean preparadas, adoptadas o aplicadas con miras a crear obstáculos innecesarios al comercio, en función de lo cual no deben de ser más restrictivas de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta el riesgo de no alcanzarlo. Como objetivos legítimos se enumera la protección de la salud humana, de la salud animal y vegetal y del equilibrio ambiental. Asimismo, si las medidas son tomadas con base en un estándar internacional se cuenta con el respaldo de presumirse que no creen un obstáculo innecesario al comercio, teniendo la otra parte la carga de la prueba.

Las reglas generales del AMSF se resumen así: (1) los miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la vida y la salud de personas y animales y para preservar los vegetales siempre que ellas no sean incompatibles con el Acuerdo; (2) tales medidas deben de estar basadas en principios científicos y evidencia científica suficiente; (3) esas medidas no deben de hacer discriminación injustificada entre miembros en que prevalezcan condiciones similares ni deben de aplicarse de manera que constituyan una restricción encubierta al comercio internacional; (4) si dichas medidas son conformes con el Acuerdo se considerarán conformes con las Disposiciones del Gatt de 1994, especialmente las del apartado b del artículo XX; (5) en principio, los miembros basarán sus medidas sanitarias y fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales -cuando existan-; (6) se considerará que las medidas sanitarias y fitosanitarias que estén en conformidad con las normas, directrices y recomendaciones internacionales son ne-

cesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales y para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con el Gatt de 1994, y (7) los miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el miembro determine adecuado de conformidad con el artículo 5 sobre evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección. Sin embargo, las medidas que representen ese nivel de protección mayor no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo.

Estos estándares, lineamientos y recomendaciones se definen como los establecidos por organizaciones internacionales como la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y la Secretaría de la Convención Internacional

---

por **Jorge Cabrera**

---

para la Protección de Plantas. Para las materias no cubiertas por estas organizaciones los estándares son los promulgados por "otras organizaciones internacionales" abiertas a la membresía de las partes, identificadas como tales por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC. Por su lado, el Codex aprobó los tres estándares internacionales para el análisis del riesgo derivado de alimentos genéticamente modificados, incluyendo referencias al etiquetado y al rastreo de productos como instrumentos para el análisis del riesgo.

El AMSF requiere a los miembros tomar en consideración las técnicas de evaluación del riesgo desarrolladas por organizaciones internacionales relevantes. El manejo del riesgo se dirige a controlar el impacto de las plagas o enfermedades en el territorio de la parte de importación o a la prevención de impactos adversos sobre la salud humana o animal de aditivos, toxinas contaminantes o enfermedades transportadas por organismos en alimentos o bebidas. A diferencia del AMSF, el OTC no considera la necesidad de regular con fundamento en un análisis del riesgo previo a la adopción de una medida. Sin embargo, bajo el artículo 2.5, si una medida adoptada por un miembro puede causar un efecto significativo en el comercio de otro, el primero se encuentra obligado -en caso de ser requerido- a explicar la justificación de la medida.

---

Jorge Cabrera Medaglia, especialista en derecho ambiental, es profesor en la Universidad de Costa Rica y abogado de Inbio.

En este orden de ideas, los paneles o jurisprudencia de la OMC han confirmado que la evaluación del riesgo debe basarse en principios científicos y no debe ser mantenida sin evidencia científica. Sin embargo, han aclarado que la evidencia científica podría estar perfectamente basada en la opinión imperante que representa la "tendencia principal", así como en las opiniones de los científicos que sostienen una postura discrepante. El artículo 7 del AMSF regula el tema de la precaución, permitiendo a las partes adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias cuando la evidencia científica es insuficiente requiriendo cuatro condiciones: la medida debe de ser adoptada provisionalmente, debe de ser adoptada sobre la base de la información disponible pertinente, el miembro debe de procurar obtener la información adicional necesaria para una evaluación objetiva del riesgo y debe de revisar la medida en un periodo de tiempo, aspecto éste que debe de ser determinado caso por caso. Todos los requisitos deben de ser cumplidos para poder aplicar la medida de conformidad con la OMC.

El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en Biotecnología presenta diferencias en relación con el tratamiento del tema de la precaución: no recoge expresamente la necesidad de adoptar la medida en forma provisional, ni de buscar información adicional para la evaluación del riesgo ni de revisar la medida, aunque el artículo 12 requiere a la parte importadora revisar sus decisiones, a solicitud del exportador, si consideran que ha habido un cambio en las circunstancias o cuando información adicional se encuentre disponible. Respecto de la necesidad de adoptar la medida con fundamento en información científica, si bien no constituye un requisito expreso es factible suponer que una medida se aplicará sobre la base de la precaución solo después de obtener información apropiada. En general, el Protocolo resulta más específico en relación con el tema de la evaluación del riesgo al regularla con detalle en el Anexo III.

Dado que el AMSF requiere que las medidas se basen en el riesgo, llaman la atención las provisiones del Protocolo respecto de los aspectos socioeconómicos. El AMSF dispone que al evaluar los riesgos a la salud de plantas y animales debe considerarse los factores económicos relevantes, incluyendo un análisis del impacto de la enfermedad o plagas en la producción, las ventas y los costos de controlarlas y erradicarlas. No se encuentra consideraciones similares en el caso de la salud humana. En principio, la calificación del artículo 26 del Protocolo sobre las obligaciones internacionales al momento de tomar en cuenta consideraciones socioeconómicas parece establecer una congruencia entre ambos regímenes, pero el punto no es del todo claro.

Igualmente, una vez identificado el riesgo, la OMC otorga discreción a los miembros para decidir el nivel de exposición que desean tolerar. Sin embargo, debe tomarse en consideración el objetivo de minimizar los efectos negativos en el comercio. En este contexto, interpretando el AMSF y el Gatt, el Órgano de Apelación ha indicado que escoger un nivel de protección cero contra riesgos asociados a productos específicos constituye parte de la discrecionalidad y libertad de las par-

tes. Según el AMSF, tratándose del manejo del riesgo la medida no debe de ser más restrictiva de lo necesario para alcanzar un nivel de protección apropiado.

Asimismo, son relevantes las disposiciones referentes a la transparencia del Gatt del 94 y el AMSF y el OTC. La OMC, y en especial el AMSF y el OTC, proveen la necesidad de notificar las medidas sanitarias y fitosanitarias y las normas técnicas respectivamente, incluyendo las propuestas o borradores, con el fin de otorgar la posibilidad a las demás partes de presentar los comentarios pertinentes, solicitar información y obtener modificaciones en los borradores.

Sobre el principio precautorio, adicionalmente al caso de la carne tratada con hormonas, existen tres disputas posteriores de interés: el caso del salmón australiano, las variedades japonesas y las manzanas japonesas, las cuales han agregado explicaciones adicionales a lo que debe ser considerado como riesgo y evaluación del riesgo. En general, en el caso de la carne tratada con hormonas el Órgano de Apelación estableció que al determinar si existe o no suficiente evidencia científica los paneles deben de tomar en consideración el hecho de que los gobiernos responsables actúan utilizando prudencia y precaución ante riesgos irreversibles. Sin embargo, el principio no puede relevar de la aplicación de los principios establecidos en el AMSF (derecho internacional vigente). Pero tales medidas pueden basarse en una opinión científica minoritaria o disidente o en una opinión mayoritaria no necesariamente unánime, aunque no cuando se trate de riesgos que constituyan amenazas a la vida misma.

En el caso del salmón australiano se determinó que no existe un mínimo de riesgo a ser identificado antes de tomar una medida sin que la existencia de desconocimiento científico sea relevante para la evaluación del riesgo. El caso de las variedades japonesas claramente estableció las condiciones para establecer medidas temporales: (1) éstas deben de serlo con respecto a la situación en la cual existe riesgo, (2) además deben de ser adoptadas sobre la base de información pertinente disponible, (3) no deberían de ser mantenidas a menos que el miembro busque obtener información científica necesaria para una evaluación del riesgo más objetiva y, finalmente, (4) el miembro debe de demostrar que ha revisado la medida de conformidad con un período razonable de tiempo.

En el caso de las manzanas japonesas el Panel determinó cuál es la cualidad y cuál la cantidad de la información que constituye suficiente información científica, y concluyó que debe de existir alguna causalidad entre el riesgo identificado y la medida tomada, y determinó que la medida en cuestión no era proporcional al riesgo identificado.

La contradicción o complementariedad de estas normas y jurisprudencia con las medidas tomadas por un país para restringir o prohibir los transgénicos, especialmente en el caso de aplicar el principio precautorio, restan por verse. Se supone que la disputa entre la Unión Europea y Canadá, Argentina y Estados Unidos, por la moratoria de hecho que por unos seis años mantuvo la Unión, arrojó luz sobre cómo resolver esos potenciales conflictos.