

The WTO and the Treatment of Biotechnology Products: Towards a Normative Approach

Eduardo R. Ablin, Gustavo H. Méndez
and Esteban A. Morelli¹

Abstract

This paper highlights how important it is for Argentina participating as co-plaintiff in the World Trade Organization (WTO) challenge over the restrictions on agricultural biotechnology products imposed by the European Union since 1998, trying to identify the impact that a ruling on this matter could have on our country's export interests.

¹ The opinions expressed in this paper are those of the individual authors and are not meant to represent the views of the institutions they work for.

La Organización Mundial del Comercio y el tratamiento de los Productos de Biotecnología: hacia una Aproximación Normativa

Eduardo R. Ablin, Gustavo H. Méndez y Esteban A. Morelli*

Resumen

El presente trabajo destaca la importancia que reviste para Argentina el participar como codemandante en la controversia ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) por las restricciones aplicadas por la Unión Europea desde 1998 a los productos agrícolas de biotecnología, intentándose identificar el impacto que un fallo en esta materia podría tener para los intereses exportadores de nuestro país.

1. Introducción: ¿Qué es lo que se discute en la OMC?

En mayo de 2003 la República Argentina –junto con Canadá y los Estados Unidos (EE.UU.)– solicitaron sostener consultas con la Unión Europea (UE)¹ en el marco del Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias (ESD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en razón de la perdurabilidad de la «*moratoria de facto*»² para la aprobación de nuevos eventos transgénicos³, aplicada en el ámbito europeo desde 1998, así como por las prohibiciones aplicadas por algunos Estados Miembros de la UE a productos ya aprobados a nivel comunitario. En este sentido, la «*moratoria de facto*» aplicada por la UE puso de manifiesto la falta de definición sobre el tratamiento a ser otorgado a los organismos genéticamente modificados (OGMs) en el plano multilateral. El fracaso de las consultas bilaterales llevadas a cabo determinó que en agosto de 2003 los tres codemandantes citados solicitaran el establecimiento de un Grupo Especial («*Panel*» en su versión inglesa).⁴

En dicha controversia, los demandantes sostienen que las medidas aplicadas en la UE contra los OGMs resultarían incompatibles con la normativa del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS en su sigla inglesa), las previsiones del Artículo III (trato nacional) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT en su sigla inglesa), y alternativamente las disposiciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT en su sigla inglesa), destacando la ausencia de base científica para fundamentar la subsistencia de la «*moratoria de facto*» a lo largo de un período

* Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no comprometen a la institución en la cual se desempeñan.

¹ A efectos prácticos, en el presente artículo se hace referencia indistintamente a la Unión Europea (UE) o a las Comunidades Europeas (CE), sin ignorarse que la que cuenta con personería jurídica es esta última, siendo la demandada en el caso «*Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos de biotecnología*» (WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293).

² Restricción de carácter comercial impuesta por la UE en octubre de 1998, que afectó a todas las solicitudes para aprobación de nuevos productos de biotecnología.

³ En este artículo usaremos indistintamente las denominaciones «eventos transgénicos», «productos de biotecnología», «organismos genéticamente modificados» (OGMs), «organismos modificados genéticamente» (OMGs) y/o cultivos genéticamente modificados (GM).

⁴ Controversia WT/DS291 (EE.UU.), WT/DS292 (Canadá) y WT/DS293 (Argentina), tratada en forma conjunta en el ámbito del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

injustificadamente prolongado, así como el tratamiento discriminatorio otorgado a productos similares. La importancia de la elucidación de este caso resulta sustantiva para el futuro del tratamiento de los productos transgénicos en el comercio internacional, habida cuenta de la convergencia en el mismo de diversos conceptos potencialmente conflictivos, originados en la confluencia en materia regulatoria multilateral de normativa OMC, Codex Alimentarius FAO/OMS (Codex) y del Protocolo de Cartagena sobre Biodiversidad (PCB) sobre los organismos genéticamente modificados.⁵

2. Antecedentes de la «moratoria»: el régimen comunitario de aprobación de productos de biotecnología

La difusión de los OGMs llevó a que los diversos países que avanzaron en su utilización establecieran rigurosos procedimientos para aprobar dichos productos, sin cuyo cumplimiento cualquier uso del producto biotecnológico en cuestión estaría vedado.⁶

Si bien hasta el presente no se ha armonizado a nivel internacional un procedimiento común destinado a la aprobación, y subsecuente liberación para el cultivo y comercialización de productos biotecnológicos, merece destacarse que los principales y más avanzados sistemas de aprobación presentan las siguientes características comunes:

- todos establecen la obligatoriedad de una evaluación de riesgo, llevada a cabo por científicos con el rigor de sus respectivas disciplinas, para determinar si estos productos presentan algún peligro actual o potencial,
- todos consagran el principio de la evaluación y aprobación «caso por caso»; es decir, cada producto biotecnológico es evaluado por sus propios méritos, con independencia de eventuales evaluaciones previas efectuadas de otros productos similares o análogos cuya inocuidad haya sido oportunamente determinada⁷,
- como corolario del punto anterior, cada país que analiza la aprobación de un producto biotecnológico cuenta con entera libertad para exigir una nueva consideración en el marco de su propia normativa, independientemente de que dicho producto haya sido ya evaluado científicamente en otros países.

En el marco de las premisas arriba enunciadas, la UE no constituye una excepción en este sentido, y a tal efecto instrumentó legislación específica dirigida a la protección de la «salud humana» y el «medio ambiente», que contiene procedimientos diferenciados según se trate de la liberación intencional de productos agrícolas de biotecnología al medio ambiente o de su comercialización como productos o componentes de productos.

En este sentido, la UE aplicó hasta 1998 su legislación, permitiendo así el normal procedimiento de aprobación, liberación al medio y comercialización de productos de biotecnología dentro del territorio comunitario. En dicho marco, la UE aprobó diversos productos agrícolas derivados de la biotecnología, la mayoría de los cuales circulan hoy en el ámbito comunitario.

Al respecto, a efectos de la aprobación de un determinado OGM para su liberación intencional al medio ambiente se aplica la *Directiva 2001/18/CE* (que reemplazó a la anterior *Directiva 90/220/CEE*), mientras que cuando se trata de un evento que será utilizado como pienso o alimento para animales se aplica el

⁵ Para un análisis detallado de esta problemática ver Ablin, Méndez y Morelli (2005).

⁶ En la República Argentina se creó a tal efecto por Resolución 124/1991 la Comisión Nacional Asesora en Biotecnología Agropecuaria - CONABIA-, en el ámbito de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos -SAGPyA-. Dicha Comisión fue creada como instancia de evaluación y consulta para la regulación de los productos genéticamente modificados, y desarrolló la primera normativa para la introducción experimental y liberación al ambiente de OGMs en Argentina, que se conformaría sucesivamente con la Res.SAGPyP 656/1992, la Res.SAGPyA 837/1993, la Res. SAGPyA 289/1997, la Res. SAGPyA 39/2003, y la Res. SAGPyA 57/2003-.

⁷ Ello sin perjuicio de procedimientos tales como el de reconocimiento de la «equivalencia sustancial», utilizado por la UE en el *Reglamento (CE) 258/97*, que permitía la aprobación directa de productos biotecnológicos que se determine sean «sustancialmente equivalentes» a otros productos biotecnológicos ya aprobados en la UE.

Reglamento (CE) 258/97. El marco legal vigente se completa con el *Reglamento (CE) 1829/2003* y con el *Reglamento (CE) 1830/2003*, que establece la trazabilidad obligatoria de los OGMs y de los productos derivados destinados a la alimentación.

El procedimiento comunitario requiere que la empresa recurrente presente -ante la autoridad nacional pertinente de alguno de los Estados Miembros- un expediente donde se incluyan, entre otros requisitos, una evaluación de riesgo ambiental y otra para la salud humana. Dicha autoridad nacional eleva el expediente a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA), correspondiendo a la Comisión Europea elaborar un proyecto de autorización, el cual puede diferir del dictamen de la autoridad nacional. Sobre dicha base, la Comisión Europea somete el caso a un comité regulatorio -Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal- donde cada Estado Miembro se encuentra representado, el cual decide según la llave de votos aplicable al Consejo de Ministros. Subsecuentemente, si el Comité alcanza mayoría calificada, el producto queda autorizado (por 10 años) o resulta rechazado en todo el territorio de la UE. Si, por el contrario, no se alcanza la mayoría calificada, corresponde a la Comisión Europea decidir la eventual elevación del tema a consideración del Consejo de Ministros. Nuevamente si éste alcanza la mayoría calificada podrá rechazar o aprobar al producto biotecnológico en cuestión, mientras que en caso contrario resta a la Comisión adoptar una decisión que resultará de aplicación en el marco comunitario.

Sin embargo, cabe destacar que en octubre de 1998 se aprobó por última vez un nuevo producto para su uso en la Unión Europea, hasta el inicio en 2004 del caso ante la OMC que nos ocupa. Posteriormente, en el marco de la crisis desatada por la Encefalopatía Bovina Espongiforme (BSE, o mal de la «vaca loca»), diversas organizaciones ecologistas, de consumidores y ciertos gremios agrarios, iniciaron una virulenta campaña en favor de la prohibición de los transgénicos, o, en su defecto, de la introducción de un etiquetado mandatorio. De esta forma, en un clima de gran sensibilidad pública a nivel europeo, las alegaciones de peligro potencial para la salud humana y el medio ambiente atribuidas a los OGMs contribuyeron a deteriorar aún más la confianza de la población en materia de inocuidad alimentaria. Como resultado de esta tendencia, los Estados Miembros acordaron la introducción de una «*moratoria de facto*» en lo relativo a la aprobación de nuevos productos transgénicos en la UE.

En dicho contexto, todas las solicitudes de aprobación de productos agrícolas de biotecnología que se hallaban aún en trámite quedaron bloqueadas en la instancia en que se encontraban a lo largo del sistema comunitario respectivo, sin recibir a partir de entonces pronunciamiento alguno por parte de las autoridades de la UE, independientemente de la evaluación de riesgo que la gran mayoría de esos productos había sorteado exitosamente. En efecto, a pesar de los dictámenes positivos previamente emanados de los Comités Científicos de la propia UE, a partir de octubre de 1998 las autoridades comunitarias impusieron un alto a las aprobaciones.⁸

Esta suspensión de los procedimientos en curso bajo el sistema comunitario, que afectó a todos los productos de biotecnología pendientes de aprobación, nunca fue implementada por medio de los modos habituales utilizados por los Miembros de la OMC -leyes, decretos, reglamentos, etc.-, sino que fue adoptada y mantenida «*de facto*». No obstante ello, a partir de entonces fue denominada «*moratoria*» por altos funcionarios comunitarios con competencia en el tema, convirtiéndose de hecho en una prohibición absoluta para el ingreso de tales productos a dicho mercado.

Al respecto, cabe destacar que la denominada «*moratoria*» no se vio afectada por la evolución que algunas de las solicitudes de aprobación pendientes hubieran sufrido a lo largo del sistema, ya que a partir de 1998 en ningún caso se llegó al final del proceso -ya sea aprobando o rechazando la solicitud-, al menos hasta que se hubo iniciado el procedimiento de solución de controversias actualmente en curso en la OMC.

Desde entonces, bajo la presión de las circunstancias, la Comisión Europea procedió a aprobar algunos productos biotecnológicos, concretamente los maíces Bt-11, NK-603 y MON-863 y la colza GT-73⁹, en un intento por defenderse del proceso que Argentina, Canadá y EE.UU. instauraron en su contra, alegando que con dichas decisiones la «*moratoria*» ya había cesado. Tales avances no deben, sin embargo, ser

⁸ Cabe destacar, que en todos los casos en los que dichos Comités Científicos han emitido un dictamen, el mismo reflejó que los productos no entrañaban riesgos a la salud o al medio ambiente.

⁹ Al 30 de septiembre de 2005.

interpretados como el fin de la «*moratoria*» en tanto se trata solamente de cuatro productos biotecnológicos seleccionados aisladamente en el contexto de un estancamiento generalizado que involucra a más de veinte productos en la UE. No obstante, dichas aprobaciones tardías deben considerarse como un «primer paso» en dirección a la normalización de la situación vigente, anticipando así las expectativas de la propia Comisión Europea acerca del resultado previsible de la controversia.

Paralelamente a la imposición de la «*moratoria*» por parte de la UE, varios Estados Miembros instauraron prohibiciones sobre diversos productos de biotecnología ya aprobados a nivel comunitario en sus respectivos territorios nacionales, en clara violación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de bienes. En este sentido, los Miembros invocaron cláusulas denominadas de «salvaguardia» en materia sanitaria -admitidas por la legislación de la UE-, destinadas a instrumentar prohibiciones de circulación de carácter temporal para determinados bienes. Empero, dichas «salvaguardias» deben contar con fundamentos científicos válidos a tal efecto, los cuales deben ser revisados y aprobados por la propia UE.

Consecuentemente, dichas prohibiciones a nivel de algunos Estados Miembros fueron evaluadas a nivel comunitario por los Comités Científicos respectivos, los cuales las declararon carentes de fundamento, aunque no por ello fueron levantadas.

En definitiva, la acción «*de facto*» adoptada por la UE a partir de 1998 representó una ruptura respecto del tratamiento hasta entonces otorgado a los productos agrícolas de biotecnología. Tal actitud de la UE preocupó a los países productores de OGMs por significar un desvío sin fundamento aparente (que impedía el flujo comercial), así como a muchos otros países importadores (que se preguntaban con inquietud acerca de la eventual razonabilidad de la actitud comunitaria).

Por ello, tras el fracaso de las tratativas con la UE en las consultas de junio de 2003 para destrabar la «*moratoria*» que mantenía en un limbo normativo a una gran cantidad de productos de biotecnología, así como las prohibiciones *ad hoc* impuestas por diversos Estados Miembros, los principales productores de cultivos genéticamente modificados del mundo -EE.UU., Argentina y Canadá- decidieron recurrir conjuntamente al Órgano de Solución de Diferencias -OSD- de la OMC, para lograr que un Grupo Especial (o «Panel» en la terminología inglesa) se pronuncie acerca de si las medidas mantenidas por la UE y por algunos de sus Estados Miembros se encuentran en conformidad con las disposiciones de los acuerdos de la OMC, o si -por el contrario- vulneran los mismos.¹⁰

3. El caso ante la OMC y el interés argentino

Nuestro país no podía permanecer al margen de los desarrollos que pudieran generarse en el marco de una controversia en la OMC sobre el tratamiento a ser dispensado a los productos de biotecnología en su carácter de segundo productor mundial de cultivos genéticamente modificados (James, 2004). En efecto, nuestro país debía aportar en su más legítimo y profundo interés como actor del sistema multilateral de comercio a la definición de las reglas futuras aplicables al intercambio de estos productos, y muy especialmente a la determinación del valor o relevancia de: a) la evidencia científica en materia de evaluación de riesgos, y b) el derecho a la «inacción» de un Miembro de la OMC -so pretexto de aguardar nueva evidencia científica- e inclusive de la potestad de ignorar la evidencia científica, aún aquella surgida de sus propias evaluaciones.

Un Grupo Especial ante la OMC tendría como objeto determinar claramente cuáles son las obligaciones de los Miembros a la hora de comercializar productos de biotecnología, y Argentina tenía no solamente la oportunidad, sino la obligación, de participar en dicho grupo.

Debe tenerse en cuenta que, aún en el supuesto que Argentina no hubiese participado en esta controversia,

¹⁰ A tal efecto, en agosto de 2003 quedó establecido el Grupo Especial respectivo con Argentina, Canadá y EE.UU. como codemandantes, la UE como demandada, y Australia, Brasil, Chile, China, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Noruega, Nueva Zelandia, Paraguay, Tailandia, Taipei chino, Perú y Uruguay, en calidad de terceras partes -es decir, con la posibilidad de participar en el debate, pero sin que el fallo los afecte directamente-.

su resultado, así como el desarrollo ulterior de las cuestiones en ella resueltas, afectarían de igual forma nuestros derechos y obligaciones, tanto si la demanda fuera considerada favorablemente (dado que potenciaría aún más la adopción -ya irrefrenable- de estos productos en nuestra agricultura) o rechazada (puesto que consagraría el derecho de los importadores a recurrir a determinadas trabas comerciales que afectarían las exportaciones agrícolas argentinas). Sin embargo, una eventual decisión argentina de no participar en el caso, o de hacerlo en calidad de tercera parte, nos habría privado de la posibilidad de influir en los resultados del debate sobre esta relevante temática para nuestro interés nacional, ya que únicamente las partes del proceso -demandantes y demandado- tienen acceso pleno a la totalidad de la documentación durante su sustanciación, pueden introducir argumentos en todas y cada una de las instancias del proceso, y solamente ellas podrían hacer valer entre sí el fallo final del Grupo Especial.

No obstante, cabe señalar, que diversos actores y analistas en nuestro medio se han preguntado por qué la República Argentina se ha convertido en una actora relevante en esta controversia desde sus inicios en 2003. Dichos cuestionamientos se han fundamentado esencialmente en dos reflexiones críticas, a saber:

- sólo 5 eventos biotecnológicos entre los casi 30 que conforman el universo de la denominada «*moratoria*» guardan algún interés comercial en el corto plazo para nuestro país¹¹, y
- el reclamo argentino debería haber soslayado las cuestiones relativas a la anulación y menoscabo del acuerdo SPS, para concentrarse en la discriminación de los OGMs a través de la normativa europea de «trazabilidad y etiquetado»¹² -en una etapa posterior, cuyo horizonte no se vislumbra aún-.

Previo a formular un análisis esquemático de lo que está en discusión en el litigio en cuestión, resulta oportuno tener presente como meta prioritaria argentina, garantizar el respeto de la normativa OMC en el comercio de OGMs, objetivo que puede sintetizarse tácticamente en la divisa oportunamente enunciada que señala que «la República Argentina debería participar en el caso sobre la denominada «*moratoria*» europea en materia de aprobación de eventos transgénicos aún si no registrara interés inmediato en la aprobación de ninguno de ellos». Y ello es así porque lo que la Argentina viene a plantear no refleja un interés cortoplacista referido al acceso de uno u otro evento hoy bloqueado por la UE, sino a poner en claro en razón de sus intereses sustantivos de largo plazo que ningún desarrollo de un cultivo agrícola a partir de tecnologías alternativas puede ser discriminado en el sistema multilateral de comercio en virtud de un análisis de riesgo que no esté sustentado científicamente, tal como surge de las previsiones del acuerdo SPS.

Los conceptos reseñados en el párrafo anterior responden a la primera objeción, es decir que apuntan a explicitar por qué la presencia argentina es independiente de los eventos concretos objeto de la «*moratoria*» al presente. Y de allí se desprende el corolario tendiente a elucidar la respuesta a la segunda objeción, orientada a priorizar el recurso futuro contra el régimen de «trazabilidad y etiquetado». Sencillamente, puede especularse que objetar la cuestión de fondo relativa a la discriminación basada en criterios científicamente no sustentables tiene la ventaja de evitar la eventual necesidad de recurrir a una instancia posterior, mientras que la inversa no resulta idénticamente válida.

Imaginemos -por un instante- que la Argentina no hubiera impulsado la controversia en curso, y se hubiera reservado para un eventual caso destinado a cuestionar el régimen de «trazabilidad y etiquetado». En dicho caso, la contraparte europea habría ciertamente argumentado que la «trazabilidad y etiquetado» son la resultante ineludible de la comercialización de productos cuyo análisis de riesgo requiere de medidas excepcionales, en razón de sus supuestos riesgos a la salud y al medio ambiente. Ello significaría postergar el curso actualmente seguido para resolver otra cuestión previa, con el rezago procesal y la pérdida de tiempo que ello implica, dado que el Grupo Especial difícilmente habría podido llegar a definir la eventual conformidad de la «trazabilidad y etiquetado» con la normativa OMC sin despejar previamente el problema de fondo del riesgo fundamentado científicamente, que es materia del acuerdo SPS. Por el contrario, el camino emprendido ataca la cuestión de sustancia, ya que si por un momento imagináramos que la denominada «*moratoria*» no es sustentable en términos del acuerdo SPS, entonces el régimen de

¹¹ Algodón Bt-531, algodón RRC-1445, maíz NK-603 (aprobado en 2004 bajo la presión del caso en curso), maíz GA-21 y soja A-2704-12/A-5547-127. Por otro lado, los maíces Bt-176, MON-810, T-25 y Bt-11 fueron aprobados a nivel de la UE, aunque sufren de todas formas restricciones a nivel de algunos Estados Miembros de la UE.

¹² Si bien la normativa comunitaria sobre «trazabilidad y etiquetado» entró en vigencia en noviembre de 2003, sólo devino aplicable a partir de abril de 2004.

«trazabilidad y etiquetado» perdería buena parte de su razón de ser. Y, a *contrario sensu*, si la «*moratoria*» estuviera en alguna medida justificada en los términos OMC, nada impediría a los demandantes cuestionar parcialmente el régimen de «trazabilidad y etiquetado» en el contexto de su conformidad con tales normas en una instancia posterior. Así es como Argentina llegó a concebir la estrategia en curso, y por ello vale la pena reflexionar una vez más sobre los resultados previsibles de la controversia vigente, los cuales se intenta presentar en la Sección 4.

En otras palabras, cabe estimar que las cuestiones relativas a la «trazabilidad y etiquetado» -sin desmerecer su relevancia- constituyen un subconjunto específico de un universo mayor, cuyo núcleo gira en torno de la fundamentación científica como sustento del análisis de riesgo practicado frente a cualquier producto agroalimenticio, ahora y en adelante, cuestión que resulta indudablemente del máximo interés para el desarrollo futuro de nuestro país como proveedor de bienes derivados de la biotecnología vegetal. Subsecuentemente, estamos discutiendo una cuestión interpretativa de base para el porvenir de la exportación de todos los alimentos obtenidos sobre bases tecnológicas alternativas, en este caso los organismos genéticamente modificados.

Por ello, podría pensarse que la estrategia comunitaria tiende a diluir el avance de la controversia en el ámbito de la OMC por vía de un efectivo cese de la «*moratoria*» a corto plazo, sustituyéndola por un régimen de «trazabilidad y etiquetado» que a su juicio resultaría menos vulnerable, aunque el mismo involucraría a su vez nuevas obligaciones -de difícil elusión- para los proveedores de OGMs. De esta forma, la UE intentaría estratégicamente ir desplazando progresivamente el eje del debate desde el ámbito de la «*moratoria*» al de la «trazabilidad y etiquetado», pensado como un régimen más durable para cumplir el objetivo de discriminar permanentemente a los OGMs, exactamente lo que la táctica de los co-demandantes ha intentado impedir, sin que ello obste a la eventual re-demanda en el futuro contra el régimen citado en el ámbito de la normativa OMC. En este sentido, cabe anticipar que el eventual levantamiento de la «*moratoria*» como resultado de la demanda en curso constituiría un primer triunfo de los accionantes, eventualmente reforzado *a posteriori* por el cuestionamiento al régimen de «trazabilidad y etiquetado» en el ámbito de la OMC.

En este sentido, la UE ya ha dado alguna prueba de su voluntad de ir avanzando progresivamente hacia el levantamiento de la «*moratoria*», pudiendo citarse los siguientes elementos:

- declaraciones de varios Comisarios de la UE anticipando la voluntad de considerar la aprobación de diversos productos.¹³
- intimación de la Comisión -abril de 2003- a 12 Estados de la UE anticipando la posibilidad de encausarlos ante la Corte Europea de Justicia por infracción al derecho comunitario, al no haber adaptado sus legislaciones nacionales a la Directiva 2001/18/CE.
- aprobación de los maíces Bt-11 en abril de 2004 -que completa una primera aprobación hecha a este producto en 1998-, NK-603 en julio y octubre de 2004, y MON-863 en agosto de 2005; y de la colza GT-73 en agosto de 2005.
- proyecto para la aprobación de un régimen denominado de «coexistencia» para los cultivos transgénicos, convencionales y orgánicos en el territorio de la UE.
- intentos fallidos para la aprobación del maíz GA-21 y del maíz 1507.¹⁴
- intimación de la Comisión de la UE a aquellos Estados Miembros que mantienen medidas específicas, sin fundamento científico, que afectan a OGMs previamente aprobados a nivel comunitario, para que cesen dichas medidas.

¹³ Ver declaraciones del Comisario para la Salud de la UE David Byrne (Byrne, 2001 a), y de la Comisario para el Medio Ambiente de la UE Margaret Wallström (Wallström, 2001).

¹⁴ En las reuniones del Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y Sanidad Animal de la UE -que reúne a los expertos de los 25 Estados Miembros- no se alcanzó la mayoría calificada que hiciera posible la aprobación del maíz GA-21 (reunión del 27-28 de abril de 2005), por los que la propuesta de aprobación fue devuelta a la Comisión. Asimismo, el Consejo de Ministros de Agricultura y Pesca no logró quórum para aprobar o rechazar la autorización del maíz «Zea Maíz L línea 1507» (reunión del 23 de septiembre de 2005).

Cabe clarificar por otra parte, que el Grupo Especial no tiene por objeto expedirse acerca de la inocuidad de los cultivos desarrollados a partir de OGMs en general, ni de los alimentos que los contengan. Por el contrario, el caso en cuestión se restringe a dilucidar si la «*moratoria*» comunitaria y las prohibiciones de algunos Estados Miembros de la UE se ajustan a la normativa OMC, y en particular a las disposiciones del acuerdo SPS. En ello radica la relevancia de este caso para el porvenir de dicho acuerdo -el más significativo de la Ronda Uruguay para los países exportadores agrícolas-, así como para poder predecir los límites a la discriminación sobre bases sanitarias en el comercio alimenticio.

En efecto, el eje central de la discusión gira en torno de la acción unilateral de la UE (la «*moratoria*»), sin fundamento científico, la cual deviene en una restricción encubierta al comercio internacional. En este sentido, cabe destacar que desde hace más de seis años la UE no ha autorizado el cultivo ni la libre circulación en su territorio de nuevos productos GMs sometidos a evaluación por parte de sus propios Comités Científicos¹⁵, aun cuando los mismos no hubieran determinado un riesgo para su consumo que exceda el de sus contrapartes «convencionales». De esta forma la UE incurre en una doble discriminación:

a) al prohibir «*de facto*» la liberación al medio y comercialización de dichos productos -sin contar con justificación científica- discrimina a los OGMs en relación a los mismos productos no transgénicos (productos «convencionales»);

b) a partir de la «*moratoria*» discrimina a los nuevos productos en relación a los OGMs que la propia UE aprobó anteriormente, acorde con la evaluación de riesgo formulada por los organismos técnicos comunitarios. Al respecto, cabe tener presente que el análisis de riesgo debe llevarse a cabo producto por producto, es decir evaluando el efecto de un gen específico sobre un cultivo particular, como lo reconocen sobre la base de los principios del Codex Alimentarius todas las normativas en la materia, incluyendo la argentina y la comunitaria. Por ende, la evaluación de riesgo debería reflejar idénticos criterios a lo largo del tiempo.

Así, la UE apunta con su actitud a congelar el impulso tecnológico de nuevos OGMs, ya que la «*moratoria*» impide su acceso a uno de los mercados importadores más significativos del mundo. Al hacerlo, limita la capacidad competitiva de los proveedores de OGMs, ya que la mayor productividad que pudiera resultar del desarrollo y empleo de nuevos productos biotecnológicos no encontraría un correlato en su condición de competencia en el mercado de la UE. En otras palabras, la «*moratoria*» constituye un artificio para menoscabar las ventajas competitivas de los proveedores de cultivos genéticamente modificados, vulnerando así la esencia de la normativa OMC. En tal sentido no puede pretenderse justificar la «*moratoria*» a la luz de las prevenciones de los consumidores, ya que las mismas resultan alentadas por la propia acción de la UE al no aprobar OGMs a pesar de que sus propios Comités Científicos han determinado que dichos productos no representan riesgos para la salud ni para el medio ambiente.

De allí la importancia superlativa que asume este caso, que no debe ser visto como una mera confrontación entre quienes se inclinan por promover los OGMs o por aferrarse a los productos «convencionales». La continuidad indisputada de la «*moratoria*» comunitaria implicaría aceptar la vigencia de la ley del más fuerte y la irrelevancia de los principios consagrados en la OMC y sus acuerdos. La permanencia de esta situación anómala significaría someterse a la arbitrariedad de un Miembro relevante de la OMC por encima de las normas acordadas multilateralmente, obligando a soportar en el futuro incontables barreras sanitarias en rigor destinadas a encubrir medidas comerciales de carácter proteccionista. Medidas sin fundamento y sin límite temporal.

Afortunadamente, la aplicación del ESD ha demostrado en casos análogos el apego del sistema a la norma, aún cuando ella hubiera sido vulnerada por Miembros poderosos. Para la Argentina este procedimiento contra la «*moratoria*» y las medidas estaduales en la UE constituirá un caso testigo, de particular exigencia en relación a la confiabilidad del sistema multilateral de comercio como garante de sus oportunidades como innovador en el campo agropecuario. Por ello no se trata de un caso dirigido a confrontar ideologías en torno de los OGMs, sino a corroborar si podremos aspirar a descollar como exportadores

¹⁵ Excepción hecha de las «oportunas» aprobaciones tardías de los maíces Bt-11, NK-603, MON-863 y de la colza GT-73 bajo la presión del caso actualmente en curso ante la OMC.

agropecuarios en el mundo del futuro.

Finalmente, no puede obviarse que el 98% de la soja, el 55% del maíz y el 37% del algodón que se cultivan en la Argentina son de origen transgénico y que el 58% de las exportaciones argentinas son de origen agrícola. Sólo la soja y sus productos derivados representan el 25% de las exportaciones totales de Argentina y las de maíz en grano el 3,5%.

4. El caso ante la OMC y el encuadre de la controversia

Previo al inicio del caso se registraron diversas posiciones en cuanto al ámbito donde el mismo debería ser tratado, divergencia basada en el mayor o menor énfasis asignado a la faceta comercial o medioambiental, órbitas que coexisten en lo relativo a los OGMs. En ese sentido, los codemandantes consideraron que dichos productos deben ser tratados en el marco de la OMC como cualquier otro bien comerciable, dado que existen diversos acuerdos en dicho ámbito capaces de regular el intercambio de los productos de biotecnología (SPS, TBT, y el propio GATT 1994).

Por el contrario, aquellos países que se inclinan por considerar a los productos de biotecnología desde una óptica esencialmente medioambiental se orientan a desplazar su tratamiento fuera del marco de los acuerdos OMC, y encasillarlos en el PCB, posición adoptada inicialmente por la UE.¹⁶

Sin embargo, considerando que importantes países proveedores de productos de biotecnología han rechazado adherir a este Protocolo (entre ellos los tres reclamantes en la controversia), la UE debió resignarse al recurso al ESD.

Al respecto, cabe recordar que los acuerdos medioambientales en general, y el PCB en particular, no cuentan con un sistema de solución de diferencias lo suficientemente desarrollado que permita dilucidar el alcance de las obligaciones en ellos establecidas. En efecto, en la mayoría de estos acuerdos debe recurrirse a los métodos diplomáticos de solución de diferencias existentes en el derecho internacional público, los cuales podrían estar inhibidos para ofrecer una solución práctica a la controversia que se hubiese suscitado y restarle previsibilidad a su resultado, al menos desde el punto de vista del interés argentino.¹⁷

Además del interés comercial argentino como productor y exportador de OGMs, y de las limitaciones ya señaladas del PCB en lo que se refiere a la solución de diferencias, debe señalarse que los Acuerdos OMC no facultan a sus Miembros a ignorar sus obligaciones OMC en razón del Protocolo de Cartagena. Asimismo, el ámbito de aplicación del Protocolo es más reducido que la materia tratada en esta controversia, dado que el mismo se limita a los «organismos vivos genéticamente modificados», mientras que los productos de biotecnología exceden a aquellos.

Finalmente, el SPS, en el ámbito de los acuerdos OMC, cubre asimismo las inquietudes y planteos del tipo medioambiental respecto de los OGMs, con lo que dichas importantes cuestiones no quedan, de ningún modo, descuidadas. Por todas esas razones, Argentina consideró que la OMC era el ámbito más adecuado para resolver el problema.

5. El caso ante la OMC: hechos y argumentaciones

¹⁶ Ver *European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293)*, First Written Submission by the European Communities, Ginebra, 17 mayo 2004, secciones II.B.3, II.B.4, III.B.2.d; ver también *European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293)*, Oral Statement by the European Communities at the First Meeting of the Panel with the Parties, Ginebra, 2 Junio 2004; ver también *European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293)*, Second Written Submission by the European Communities, Ginebra, 19 Julio 2004, secciones II.F y III.A.c.ii.

¹⁷ El Protocolo de Cartagena remite en su art. 34 a los procedimientos de solución de diferencias del Convenio sobre la Diversidad Biológica; el cual remite a su vez a los métodos diplomáticos de solución de diferencias (ver art. 27).

En el contexto táctico arriba descripto, caber reseñar las medidas por las cuales Argentina ha llevado a la UE ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, convocando a tal efecto un Grupo Especial:

- a) la «*moratoria de facto*» que la UE impuso a todas las solicitudes de aprobación de productos de biotecnología a partir de 1998, impidiendo que se produjeran aprobaciones o rechazos de tales productos desde esa fecha (ver 5.1);
- b) la suspensión del tratamiento, así como la no consideración de solicitudes para la aprobación de determinados productos agrícolas de biotecnología (de particular interés argentino) (ver 5.3);
- c) la demora injustificada en la que se incurrió en el tratamiento de determinadas solicitudes (de productos de particular interés argentino) (ver 5.4); y
- d) las prohibiciones instauradas por algunos Estados Miembros de la UE a ciertos productos de biotecnología (de particular interés argentino) previamente aprobados a nivel de la UE (ver 5.5).

Merece señalarse que, respecto a los puntos a), b) y c) precedentes, Argentina no cuestionó la normativa de la UE sobre aprobación de productos de biotecnología, sino que objetó su «no-aplicación» desde 1998. Por su parte, respecto del punto d), Argentina cuestiona la validez de la normativa interna de los respectivos Estados Miembros de la UE (decretos, reglamentos, órdenes) que establecieron dichas prohibiciones.

Con carácter general, las medidas reseñadas son cuestionadas bajo el acuerdo SPS, el Artículo III del GATT de 1994 y, alternativamente, bajo el TBT -dado que este acuerdo y el SPS son mutuamente excluyentes-, excepto la «*moratoria de facto*» y la «demora injustificada» que sólo son cuestionadas bajo el acuerdo SPS.¹⁸ Adicionalmente, Argentina reclamó en virtud de la normativa específica aplicable a países en desarrollo.

Por el contrario, cabe tener presente que el reclamo argentino tampoco contesta en esta instancia el presunto derecho de la UE de trazar o etiquetar los productos de biotecnología en forma diferente de los productos «convencionales».

Se analizarán a continuación las medidas anunciadas en a), b) c) y d), así como los acuerdos de la OMC por los que dichas medidas son cuestionadas por Argentina.

5.1. La «*moratoria de facto*»

Tal como se señaló anteriormente, la «*moratoria de facto*» impactó, a partir de 1998, sobre el sistema de aprobaciones de productos agrícolas de biotecnología de la UE entonces vigente, ocasionando que todas las solicitudes de aprobación de los productos que se encontraban en proceso sufrieran una parálisis de carácter permanente.

Como modo de justificar la ya reconocida existencia de la «*moratoria*», funcionarios de alta jerarquía de la UE esgrimieron recurrentemente la necesidad de contar con legislación más apropiada para tratar esta clase de productos, argumentando preocupaciones vinculadas a la salud y al medio ambiente.

En ese contexto, se inició un proceso legislativo que culminó en octubre de 2002 con la adopción de la Directiva 2001/18/CE, la cual suplantó a la Directiva 90/220/CEE. Sin embargo, antes de que la Directiva 2001/18/CE entrara en vigor, nuevamente la UE alegó la necesidad de llevar a cabo una tercera actualización de legislación, previo al levantamiento de la «*moratoria*».

En otras palabras, ni bien se había completado un proceso legislativo considerado como superador de la Directiva 90/220/CEE, y antes de que la pieza legislativa producto de ese proceso -Directiva 2001/18/CE- entrara en vigor, la UE ya sostenía que ello no resultaba suficiente para poner fin a la «*moratoria*». En esta oportunidad, los argumentos giraron en torno a la necesidad de contar con una adecuada legislación

¹⁸ Adicionalmente, Argentina reclamó en virtud de la normativa específica aplicable a países en desarrollo.

sobre «trazabilidad y etiquetado» de productos biotecnológicos, para distinguirlos de los productos «convencionales».

Tampoco se registraron aprobaciones ni rechazos bajo el Reglamento (CE) 258/97, ya que sólo se aprobaron algunos productos bajo dicha normativa durante 1999, en el marco del sistema denominado «abreviado». Sin embargo, las aprobaciones bajo el sistema abreviado en realidad no son tales, sino procesos en los que el Comité Científico ha determinado que el producto en cuestión es «sustancialmente equivalente» a otro ya disponible para el consumo, por lo que este último producto ya se comercializaba sin contratiempos en el ámbito comunitario (de ahí el nombre de procedimiento «abreviado» o «simplificado»). Cabe aclarar que, una vez que el Comité Científico dictamina que un producto es «sustancialmente equivalente», su aprobación deviene automática, razón por la cual no es posible aplicarle la «*moratoria*».

En definitiva, la «*moratoria*» -que no fue plasmada en ningún instrumento normativo- fue aplicada de modo que ningún producto fuera aprobado o rechazado, sin que mediara ningún tipo de evidencia científica que obstara a la aprobación -e incluso contando, en muchos casos, con evidencia científica favorable a la aprobación-, generada por los propios Comités Científicos comunitarios.

Cuando la medida fue denunciada ante el OSD de la OMC por parte de los Estados Unidos, Canadá y Argentina, en tanto restricción injustificada al comercio, la UE argumentó que diversos productos se encontraban en diferentes etapas del proceso de aprobación, aunque aún no se hubieran alcanzado las respectivas resoluciones definitivas, con lo cual intentó aparentar que el sistema de aprobaciones continuaba vigente y operativo acorde con la normativa en vigor. Sin embargo, estas alegaciones quedaron en buena medida refutadas en tanto altos funcionarios comunitarios habían sostenido públicamente que previo al restablecimiento de la aprobación de nuevos productos, debían crearse reglas a nivel comunitario que permitieran garantizar «altos niveles» de protección del medio ambiente, la salud de los consumidores y su derecho a la información.¹⁹

Dicho proceso fue efectivamente concluido en noviembre de 2003, poniéndose en vigor en abril de 2004 un estricto marco regulatorio en dicha dirección, reflejo una vez más de la clara intención de la Comisión Europea de intentar avanzar hacia el fin de la «*moratoria*», aún cuando continúa encontrando un rechazo sostenido por parte de diversos Estados Miembros en la adopción de tal paso.

5.2. El acuerdo SPS como ámbito natural donde debe dirimirse la cuestión

A partir de los elementos reseñados, Argentina consideró que la «*moratoria*» mantenida por la UE constituía una medida cuestionable bajo la normativa OMC, particularmente bajo el acuerdo SPS, por constituir una medida sanitaria o fitosanitaria capaz de afectar al comercio internacional.²⁰

Dado que la «*moratoria*» fue instaurada mientras regía la legislación comunitaria destinada a la aprobación de productos de biotecnología -cuyo objeto es proteger a los consumidores de eventuales riesgos a la salud y el medio ambiente-, su encuadre no debiera ser otro que bajo el acuerdo SPS. Más importante aún, conforme a dicho acuerdo, todas las medidas sanitarias que tiendan a proteger de esos riesgos deben contar con sustento científico para ser compatibles con la normativa OMC. Más aún, dado que la propia UE alegó su propósito de proteger la vida, salud y medio ambiente al tratar de justificar la «*moratoria*» la pertinencia del Acuerdo SPS aparecía como evidente.

Adicionalmente, cabe señalar que mientras la normativa comunitaria establece que el análisis de los productos de biotecnología será realizado sobre una base «caso por caso», dicha tesitura se encuentra en contradicción con la «*moratoria*» que es una medida de carácter general que ha impactado sobre el sistema de aprobaciones comunitario y, por lo tanto, ha afectado a todos los productos de biotecnología sin distinción.

¹⁹ Ver Byrne (2001 b), y «Declaration by the Danish, Greek, French, Italian and Luxembourg delegations concerning the suspension of new GMO authorisations, 2194th Council Meeting -Environment-», Luxemburgo, 24/25 de junio de 1999.

²⁰ Ver al respecto el Informe del Grupo Especial en *CE-Hormonas*, WT/DS48/R, párrafo 8.39 (Canadá), y WT/DS26/R, párrafo 8.36 (Estados Unidos), de fecha 18 de agosto de 1997.

No obstante, debe aclararse que todos los Miembros de la OMC gozan del derecho de establecer el nivel de protección que consideren más adecuado para prevenir riesgos bajo el acuerdo SPS, siempre que ello no resulte en medidas arbitrarias, es decir que se instauren sin sustento científico. Al respecto, no cabe duda que la «*moratoria*» fue instaurada sin tomar en cuenta la evidencia científica a favor de los productos de biotecnología que contaban con dictamen positivo de los propios Comités Científicos comunitarios, resultando por ello incompatible con la obligación básica del acuerdo SPS, que establece que ninguna medida sanitaria o fitosanitaria será aplicada ni mantenida sin fundamento ni evidencia científica.

5.3. Productos específicos bloqueados a nivel comunitario

Tal como se señalara más arriba, la aplicación de la «*moratoria de facto*» ha afectado al sistema de aprobaciones comunitario de productos de biotecnología, causando que las solicitudes de diversos productos sufrieran la suspensión de su tratamiento. Al margen del reclamo contra esta medida de carácter general, nuestro país también ha cuestionado que la UE bloquee la aprobación de cinco productos específicos de interés argentino. Los productos específicos de interés argentino bloqueados individualmente en sus respectivos procesos de aprobación, en virtud de la «*moratoria de facto*», son el algodón Bt-531, algodón RRC-1445, maíz NK-603, maíz GA-21 y soja A-2704-12 y A-5547-127.

5.3.a. Reclamo bajo el acuerdo SPS

De los cinco productos biotecnológicos de interés argentino, cuatro de ellos cuentan con opiniones favorables de larga data por parte de los Comités Científicos de la UE. La soja A-2407-12 y A-5547-127 son los únicos que aún no cuentan con dictamen científico en la UE y cuya solicitud data ya de hace varios años.

Ello resulta relevante para la posición esgrimida por nuestro país, ya que en los casos en que se cuenta con dictamen científico positivo la incompatibilidad con el acuerdo SPS resulta más evidente, ya que dichos productos han sido objeto de una evaluación de riesgo fundamentada en evidencia científica.

En este sentido, Argentina planteó reclamos por infracciones a diversos artículos del acuerdo SPS -al igual que lo hizo frente a la «*moratoria*»- pero a nivel de los productos biotecnológicos específicos de su interés. Los argumentos son similares, en el sentido que tanto la aplicación de la normativa de la UE para la aprobación de productos de biotecnología -Directivas 90/220/CEE y 2001/18/CE y Reglamento (CE) 258/97-, como su «no-aplicación» (como ha hecho la UE con cada uno de los cinco productos de interés argentino) se justificaron en la protección de la vida y la salud y del medio ambiente.

5.3.b. Incompatibilidad con el Artículo III del GATT de 1994

En adición al reclamo enmarcado en el acuerdo SPS -que constituye un acuerdo específico dentro de la normativa OMC-, Argentina también alegó la inconsistencia de la medida de la UE contra productos específicos de interés argentino respecto del GATT 1994, es decir la normativa más general de la que se derivan los «acuerdos abarcados o específicos».

En efecto, el artículo III del GATT 1994 impone -en lo que concierne a productos similares- la obligación de otorgar a los productos de importación «un trato no menos favorable» que el que se otorga al producto similar de producción nacional, principio básico del sistema multilateral de comercio conocido como «trato nacional».

En este sentido, Argentina alegó que la UE habría vulnerado el trato nacional doblemente. En primer lugar, al otorgar un trato menos favorable a los productos biotecnológicos importados a partir de 1998, comparativamente a aquellos aprobados previamente, ya que mientras los últimos podían circular libremente por el ámbito comunitario, los primeros quedaron impedidos de ello. En segundo lugar, al otorgar un trato menos favorable a los productos biotecnológicos comparativamente a sus contrapartes «convenciona-

les», las cuales nunca sufrieron restricciones en la UE.

La cuestión relativa al «trato nacional» replantea el debate en torno a la similaridad de los productos de biotecnología respecto de los productos «convencionales», aspecto relevante para poder determinar si efectivamente se registra un trato menos favorable para los primeros a la luz del Artículo III del GATT 1994. Esta cuestión es hoy objeto de extenso debate entre quienes afirman que los productos de biotecnología deben ser considerados distintos de sus pares «convencionales», y quienes por su parte afirman que se trata de productos similares. Al respecto, nuestro país planteó la cuestión alegando que un producto de biotecnología con un dictamen científico favorable para su aprobación en el marco normativo de la UE debe ser considerado similar a su par «convencional», en tanto el término «similaridad» utilizado en el Artículo III del GATT 1994 no implica «identidad». En efecto, debe tenerse en cuenta que una determinación de «similaridad» no implica una de «identidad», razón por la cual la determinación de «similaridad» no requiere que un producto de biotecnología posea exactamente todas y cada una de las características de su contraparte «convencional» para ser similar a este último.²¹

Precisamente, conforme la jurisprudencia de la OMC, la determinación de similaridad entre dos productos debe realizarse sobre una base «caso por caso», utilizando a tal efecto cuatro criterios que deben ser considerados en forma global e interrelacionada:

- a) las propiedades físicas de los productos;
- b) el uso final de los mismos;
- c) la percepción que de ellos tienen los consumidores; y,
- d) la clasificación arancelaria que se les aplica.

Respecto del primero de los criterios, ya se ha establecido en la jurisprudencia OMC²² que los riesgos asociados a la salud que pueda entrañar un producto pueden constituir un aspecto para definir las propiedades de ese producto. Sin embargo, los dictámenes de los Comités Científicos comunitarios han sido claros al especificar la inexistencia de riesgos en los productos de biotecnología evaluados distintos de los productos convencionales.

Por lo cual, una vez realizada tal determinación científica en cuanto a la evaluación de los riesgos y sin que mediara ningún tipo de evidencia capaz de desvirtuar esa evaluación con posterioridad, se interpreta que no existe sustento para considerar que esos productos no sean similares a sus contrapartes «convencionales» desde el punto de vista de sus propiedades físicas.

En cuanto al segundo de los criterios, los Comités Científicos determinaron que el uso final de los productos de biotecnología podía ser el mismo que el de los productos «convencionales». Consecuentemente, está demostrado que los productos biotecnológicos estaban destinados a tener el mismo uso que los productos «convencionales», por lo que los Comités Científicos de la UE los aprobaron como tales y a tal fin.

El criterio que más debate ha generado para determinar la similaridad es el tercero, relativo a la percepción del consumidor. En este sentido, debe argumentarse que si algún Miembro de la OMC crea a través de sus propias acciones y medidas determinadas expectativas en los consumidores, las cuales luego invoca para justificar la medida restrictiva del comercio que ha puesto en práctica, se estaría admitiendo la instauración de obstáculos al comercio que se justifican a sí mismos.²³

En efecto, cabe enfatizar una vez más que la UE ha ignorado los dictámenes científicos de sus propios Comités, que favorecían la aprobación de los productos de biotecnología objeto de la controversia. En su lugar las autoridades comunitarias se han hecho eco de inquietudes y presiones carentes de fundamento

²¹ Ver Informe del Órgano de Apelación en *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, párrafo 91, de fecha 12 de marzo de 2001.

²² Ver Informe del Órgano de Apelación en *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, párrafo 114, de fecha 12 de marzo de 2001.

²³ Ver Informe del Grupo Especial en *Comunidades Europeas - Denominación comercial de Sardinias*, WT/DS231/R, párrafo 7.127, de fecha 29 de mayo de 2002.

científico, las cuales fueron en muchos casos exacerbadas por la propia acción gubernamental, generando así una percepción sesgada del consumidor respecto de los riesgos potenciales de los productos de biotecnología, la cual a su vez se invocó para poder aplicar medidas comerciales injustificadas al margen de toda evidencia científica.

El último de los criterios a tener en cuenta para determinar la similitud es el de la clasificación arancelaria, el cual resulta autoexplicativo en tanto no existen partidas arancelarias diferenciadas para los productos biotecnológicos, que se comercializan bajo las mismas posiciones que los «convencionales».

5.4. La demora injustificada

También cabe señalar que la UE ha incurrido en demora injustificada en la aplicación de sus propios procedimientos. En efecto, en adición a los reclamos referidos a la «*moratoria*» general y a la que afecta a los productos específicos de interés argentino -reclamos sustanciales en los que tiene relevancia la evidencia científica que debe sustentar toda medida para ser válida o razonable-, nuestro país también reclama contra la UE por infracciones derivadas lisa y llanamente del excesivo tiempo transcurrido en el tratamiento de los productos biotecnológicos de interés argentino. Dicho plazo se ha extendido muy por encima del promedio señalado por la propia legislación de la UE, ya que para el momento en que se estableció el Grupo Especial en la OMC contra la UE, las demoras incurridas ya resultaban excesivas e infringían disposiciones del acuerdo SPS.

5.5. Prohibiciones instauradas por algunos Estados Miembros de la UE

Argentina también reclama contra medidas individuales establecidas por determinados Estados Miembros de la UE contra productos biotecnológicos previamente aprobados, acorde con la normativa oportunamente vigente. Entre estas medidas se destacan aquellas que afectan al maíz Bt-176 (aprobado en la UE desde 1997) en Alemania, Austria y Luxemburgo; al maíz MON-810 (aprobado en la UE desde 1998) en Austria e Italia; al maíz Bt-11 (aprobado en la UE desde 1998) en Italia; y finalmente al maíz T-25 (aprobado en la UE desde 1998) en Austria e Italia.

Cabe destacar que este reclamo es marcadamente distinto de los anteriores, ya que aquí se cuestiona la normativa de los Estados Miembros *per se*, mientras que en los anteriores reclamos sólo se apunta contra la «*moratoria*» y la «no-aplicación» de la normativa comunitaria.

Además, las prohibiciones instauradas por los Estados Miembros de la UE no solamente infringen las disposiciones contenidas en los acuerdos de la OMC, sino que también vulneran la normativa comunitaria, pues se trata de productos biotecnológicos previamente aprobados en la UE para su comercialización.

En ese sentido, si bien la normativa comunitaria reconoce el derecho de los Estados Miembros a restringir o prohibir provisionalmente un producto en su territorio («salvaguardia»), tal medida debe contar con fundamento científico. Sin embargo, en todos los casos en los que se aplicó una medida de «salvaguardia», los Comités Científicos que la revisaron concluyeron que carecían de sustento científico.²⁴ En consecuencia, los productos biotecnológicos afectados por estas medidas de los Estados Miembros cuentan con dos dictámenes positivos de los Comités Científicos comunitarios.²⁵

En resumen, Argentina reclamó en primer término por infracciones al acuerdo SPS, considerando que se trataba de medidas sanitarias o fitosanitarias que fueron adoptadas al margen de todo sustento científico. Asimismo, nuestro país alegó también una infracción al artículo III:4 del Acuerdo GATT 1994, por considerar que Alemania, Austria, Italia y Luxemburgo estaban otorgando un trato menos favorable a estos productos de biotecnología que a sus contrapartes «convencionales».

²⁴A título de ejemplo puede citarse la *Opinion on the invocation by Germany of Article 16 of Council 90/220/EEC regarding the genetically modified BT-MAIZE LINE CG 00256-176 modified by CIBA-GEIGY (now NOVARTIS), notification C/F/94/11-03 (SCP/GMO/276Final- 9 November 2000)*. *Opinion adopted by written procedure following the SCP meeting of 22 September 2000*.

²⁵Un primer dictamen favorable emitido durante el proceso de aprobación del producto biotecnológico a nivel comunitario, y un segundo dictamen positivo que declaró a la medida de «salvaguardia» como carente de sustento científico.

Finalmente, cabe destacar que en este reclamo contra medidas nacionales, la controvertida cuestión de si los productos biotecnológicos afectados son o no «productos similares» a los productos «convencionales» cobra una dimensión especial, debido a que estos cuatro productos biotecnológicos de interés argentino no solamente están sufriendo un trato diferenciado respecto de los productos «convencionales», sino también respecto de productos biotecnológicos idénticos ya aprobados a nivel comunitario.

5.6. Tratamiento alternativo en el ámbito del acuerdo TBT

Como se ha expuesto, los acuerdos SPS y TBT son mutuamente excluyentes, por lo que Argentina ha efectuado un reclamo alternativo bajo este último ante el Grupo Especial; ya que aún dejando de lado la línea argumental central planteada por la República Argentina en relación al acuerdo SPS como ámbito natural de la controversia, debe señalarse que tampoco es admisible el accionar de la UE bajo el acuerdo TBT.

En efecto, el acuerdo TBT establece básicamente que ningún Miembro de la OMC puede instaurar obstáculos al comercio por medio de la aplicación indebida de reglamentos técnicos, así como de los procedimientos de evaluación de la conformidad que rigen la comercialización de los respectivos productos.

En este sentido, debe destacarse que la legislación comunitaria para la aprobación de productos de biotecnología es en sí misma tanto un reglamento técnico como un procedimiento de evaluación de la conformidad, cumpliendo en ambos casos los requisitos impuestos por el acuerdo TBT para ser considerados como tales.

Por ello es que Argentina ha alegado alternativamente infracciones al acuerdo TBT, tanto en el reclamo por los cinco productos biotecnológicos de su interés, como en aquel referido a las prohibiciones de los Estados Miembros de la UE.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en la presente controversia no se está cuestionando la legislación comunitaria *per se*. Por lo tanto, para el hipotético caso de que se considerase que el tema debiera ser tratado bajo el acuerdo TBT, lo que se alega es la incompatibilidad de la «(no-) aplicación» de la normativa comunitaria con este acuerdo.

6. Conclusiones: un escenario tentativo para el caso ante la OMC

No resulta necesario destacar que estamos transitando un camino inédito, ya que se trata de la primera oportunidad en que la cuestión de los productos de biotecnología es llevada ante el sistema de solución de controversias de la OMC. Pero no se trata aquí únicamente de una mera cuestión de novedad. Muy por el contrario, en adición al elemento novedoso debe destacarse que el caso conlleva diversas facetas relevantes, las cuales confluyen de modo interrelacionado sobre el futuro de la interpretación de diversos acuerdos de la OMC, particularmente el SPS, y que necesariamente tendrán un efecto decisivo sobre la resolución del caso, que toca aspectos jurídicos y económicos de vastas implicancias para el futuro del uso de esta tecnología en la agricultura.

No obstante, este panorama tan abarcativo se manifiesta detalladamente en algunos temas de carácter puntual que se están discutiendo en la presente controversia, limitándonos a reseñar aquellos de mayor trascendencia, aunque sin referirnos necesariamente a la estructura jurídica que caracteriza la demanda:

- a) dilucidar si los productos de biotecnología se hallan comprendidos dentro de la esfera de aplicación del acuerdo SPS, así como la relación de este con el acuerdo TBT, lo que se encuentra en alguna medida supeditado a la cuestión más general de si las cuestiones medioambientales resultan comprendidas dentro de la órbita del acuerdo SPS.
- b) dilucidar la relación entre los acuerdos de la OMC y otros acuerdos, en particular los de carácter

medioambiental, lo cual conlleva particular trascendencia en lo que concierne al Protocolo de Cartagena, que si bien se aplica a un ámbito más restringido de los productos de biotecnología (organismos vivos genéticamente modificados) ha sido evocado permanentemente en el contexto de la defensa por parte de la UE.²⁶ Tal referencia no constituye sino un intento de introducir lateralmente al denominado «principio precautorio» de modo de alterar las obligaciones del acuerdo SPS.

Reseñados algunos de los principales temas que el Grupo Especial tendrá ante sí, permítasenos -sin renunciar a cierta dosis de audacia- imaginar un escenario pretendidamente realista de lo que la República Argentina podría esperar del dictamen del Grupo Especial:

a) Respecto de la cuestión del acuerdo aplicable, creemos que existen muchas chances de que el Grupo Especial determine que el acuerdo SPS constituye el principal ámbito bajo el cual resolver la controversia. Ello más allá de que eventualmente pueda determinarse que alguna cuestión en particular corresponda ser tratada bajo el acuerdo TBT. Al hacerlo, el Grupo Especial deberá establecer eventualmente las razones por las cuales elegiría dicha vía, desde que los acuerdos SPS y TBT son mutuamente excluyentes, y habida cuenta que este último fue priorizado por la UE en razón de que, desde su punto de vista, otorgaría a los Miembros de la OMC la posibilidad de no observar de un modo tan riguroso el sustento científico de las medidas que adopten.²⁷

Cualquier decisión en la materia será en sí misma beneficiosa para la Argentina porque introducirá reglas donde hasta la fecha predomina la confusión y la inseguridad. En este sentido, la mera fijación de criterios por parte del Grupo Especial constituirá un triunfo *per se* para los codemandantes, ya que a partir de dichos parámetros los Miembros de la OMC tendrán menos margen para aplicar medidas arbitrarias que impliquen restricciones al comercio. Consecuentemente, aspirar a una condena del sistemático bloqueo del sistema de aprobaciones comunitario sin que exista ningún fundamento científico para ello, en abierta violación de los compromisos asumidos en la OMC en general y en el acuerdo SPS en particular, no parece irrazonable.

Tampoco cabe excluir que el tratamiento de las cuestiones medioambientales en el marco del acuerdo SPS pudiera ser probablemente definido por el Grupo Especial. Ello podría encontrar fundamento en que la protección de determinados riesgos que puedan darse sobre el territorio de un Miembro necesariamente involucran una cuestión medioambiental.

b) El otro tema que está en el centro de la disputa es el de la relación de los acuerdos medioambientales (AMUMAs) con los de la OMC en general, así como la incidencia del Protocolo de Cartagena en la presente controversia en particular.

Si bien no es de esperar que un Grupo Especial determine en una controversia dada la relación entre los AMUMAs y la OMC, cuando el Comité de Comercio y Medio Ambiente no ha podido resolverlo hasta el presente en su seno, resulta claro que esta temática general quedará en definitiva sometida al mecanismo de solución de diferencias en cada caso en particular que se eleve a su jurisdicción. En este sentido, creemos que el presente caso podría generar un interesante avance en dirección a clarificar esta controvertida relación.

En lo que se refiere a la incidencia del Protocolo de Cartagena en la presente controversia, cabe esperar que el Grupo Especial no concluya que el Protocolo de Cartagena alienta preeminencia alguna sobre el acuerdo SPS. Una conclusión en contrario resultaría muy perjudicial para Argentina, dado que el PCB no precisa

²⁶ Ver *European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293)*, First Written Submission by the European Communities, Ginebra, 17 mayo 2004, secciones II.B.3, II.B.4, III.B.2.d; ver también *European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293)*, Oral Statement by the European Communities at the First Meeting of the Panel with the Parties, Ginebra, 2 Junio 2004; ver también *European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293)*, Second Written Submission by the European Communities, Ginebra, 19 Julio 2004, secciones II.F y III.A.c.ii.

²⁷ Debe destacarse que una eventual aplicación del acuerdo TBT al presente caso no eximiría a la UE de tener en cuenta la evidencia científica, a pesar de que el ámbito de aplicación de ese acuerdo no se limita únicamente a la salud humana y el medio ambiente. En ese sentido, cabe resaltar que en esta controversia nos encontramos ante un sistema comunitario de aprobaciones de productos de biotecnología dirigido precisamente a constatar los eventuales riesgos para la salud humana o para el medio ambiente. En este marco, la aplicación del acuerdo TBT no podría soslayar la evidencia representada por los dictámenes favorables de los Comités Científicos comunitarios.

si las eventuales medidas que se adoptaren en virtud del «principio precautorio» deben observar algún requisito de provisionalidad o deben ser revisadas dentro de un período razonable luego de ser aplicadas.

Precisamente, el otro tema relacionado con este apartado es el vinculado al «principio precautorio» y la posibilidad de utilizarlo para justificar la adopción de medidas restrictivas al comercio. Sobre esto el Órgano de Apelación de la OMC aún no ha alcanzado una posición definitiva²⁸, por lo cual cabe dudar que corresponda al Grupo Especial avanzar en tal dirección, aunque no cabe descartar un tratamiento de esta temática en el caso de una eventual apelación.

Finalmente, en cualquier caso debe señalarse que más allá del resultado de la controversia, el hecho de haber llevado a la UE ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC ya ha generado consecuencias positivas. Las mismas se encuentran reflejadas por la aprobación, por parte comunitaria, de los maíces Bt-11, NK-603 y MON-863 y de la colza GT-73.²⁹ Dichas autorizaciones, concretadas en forma muy oportuna para el cronograma del caso, han tenido la clara finalidad por parte de la UE de demostrar al Grupo Especial que el régimen de aprobaciones comunitario funciona adecuadamente, y sólo ha sido objeto de infortunados retrasos, aunque resulta obvio que las aprobaciones citadas hubieran resultado impensables sin la presión de la demanda ante la OMC.

En otras palabras, puede considerarse que Argentina ya obtuvo beneficios concretos por la circunstancia de haber hecho uso del sistema de solución de diferencias de la OMC, aún antes de que se expida el Grupo Especial. Sin embargo, cabe alentar la finalización de este procedimiento ante el Grupo Especial por múltiples razones: en primer lugar, aún restan algunos productos biotecnológicos de interés argentino sin aprobarse. En segundo lugar, un fallo favorable reforzaría el valor de las justificaciones científicas -objetivas y no arbitrarias- para adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias, reforzando la aplicación del acuerdo SPS y dotando de mayor previsibilidad al comercio internacional de productos de biotecnología. Tercero, tal decisión coadyuvaría a clarificar la verdadera naturaleza de los productos biotecnológicos -tantas veces «demonizados» no obstante la incesante evidencia científica que avala su inocuidad-, para permitir su más fácil comercialización. Todo ello redundaría en beneficio de Argentina como país agroexportador que no solamente ha apostado por la biotecnología, sino que ha demostrado su voluntad de hacer frente a las barreras comerciales -levantadas en muchos casos arbitrariamente- por otros países que bloquean su desarrollo.

Glosario

AMUMAs	Acuerdos multilaterales de naturaleza Medioambiental
CE	Comunidades Europeas
ESD	Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias de la OMC
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
GM/GMs	Genéticamente modificado/s
OGMs/OMGs	Organismos genéticamente modificado/s
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC
PCB	Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad
SAGPyA	Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, República Argentina
SPS	Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, OMC
TBT	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, OMC
Transgénico/a	Cultivo a partir de semillas GMs
UE	Unión Europea

²⁸ Ver informe *CE-Hormonas*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 123, de fecha 16 de enero de 1998.

²⁹ No descartamos que la UE, antes de la emisión del informe del Grupo Especial, realice aprobaciones adicionales a las ya realizadas, de modo de tratar de demostrar al «Panel» que la «moratoria» no es tal, y que su sistema de aprobaciones funciona correctamente.

Bibliografía

Ablin, Eduardo R., Gustavo H. Méndez, y Esteban A. Morelli (2005). Los OGMs en las negociaciones agrícolas internacionales: el interés argentino. *Guía Práctica de Comercio Exterior* 28, 11 de octubre, Ed. Guía Práctica S.A.

Byrne, David (2001 a). *The right to know about genetically modified food*. Conferencia pronunciada el 25 de julio de 2001. Disponible en http://europa.eu.int/comm/food/fs/gmo/biotech07_en.pdf

Byrne, David (2001, b). *Farm to Fork - Risk versus benefit*. Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2001. Disponible en <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/565&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Declaration by the Danish, Greek, French, Italian and Luxembourg delegations concerning the suspension of new GMO authorisations, 2194th Council Meeting -Environment-, Luxemburgo, 24/25 junio 1999. Disponible en <http://www.sustainabilitynz.org/docs/EU%20Moratorium%20on%20GMOs.pdf>

James, Clive (2004). *Situación global de los cultivos transgénicos/GM comercializados: 2004*. Resumen ejecutivo. Ithaca: International Service for the Acquisition of Agri-Biotech Applications (ISAAA). Disponible en <http://www.argenbio.org/h/biblioteca/pdf/global2004.pdf>.

Opinion on the invocation by Germany of Article 16 of Council 90/220/EEC regarding the genetically modified BT-MAIZE LINE CG 00256-176 modified by CIBA-GEIGY (now NOVARTIS), notification C/F/94/11-03 (SCP/GMO/276Final- 9 November 2000). Opinion adopted by written procedure following the SCP meeting of 22 September 2000. Disponible en http://europa.eu.int/comm/food/fs/sc/scp/out78_gmo_en.html

Wallström, Margaret (2001). *GMO Update: EU Moratorium, US-China Dispute, APEC, EU members refuse to end GMO moratorium*. Declaración de fecha 29 de octubre de 2001. Disponible en <http://www.ictsd.org/weekly/01-10-30/story4.htm>