

231
S

IMPLICANCIAS ECOLÓGICAS DEL TLCAN – *Análisis Legal*



Michelle Swenarchuk
Asociación Canadiense de
Leyes Ambientales

VF :
CANADIAN ENVIRONMENTAL LAW
ASSOCIATION.
MINISTRY OF ENVIRONMENT AND
CELA BRIEF NO. 231S : T...RN109c

1. INTRODUCCION

Este documento proporciona un examen detallado del texto del TLCAN que tiene impactos potenciales para el medio ambiente y para las estrategias de protección del medio ambiente. En el mismo, consideramos las implicancias para ciertos tratados ambientales internacionales, la conservación de recursos, el establecimiento de estándares ambientales y la resolución de disputas.

Dado que el texto del TLCAN refleja con frecuencia las disposiciones del GATT, el TLC (Canadá-EE.UU.), y decisiones del panel de comercio, se identificarán las disposiciones relevantes de estas fuentes para un mejor entendimiento del impacto potencial del TLCAN.

2. PREAMBULO Y OBJETIVOS

El preámbulo del tratado incluye tres declaraciones en apoyo de la protección del medio ambiente. Las Partes resuelven:

- * Emprender (las otras metas) de manera congruente con la protección y conservación del ambiente;
- * Promover el desarrollo sostenible
- * Reforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental.

Desafortunadamente, según informan los negociadores canadienses,¹ el preámbulo no puede aplicarse; en el caso de conflicto entre uno de sus términos y una disposición sustancial del tratado, la disposición sustancial tiene precedencia.

Por el contrario, los objetivos del tratado, que en gran medida promocionan un incremento en el comercio y no contienen metas ecológicas, sí se aplican; las disposiciones del tratado deben interpretarse a la luz de estos objetivos. (Art. 102)

3. TRATADOS INTERNACIONALES AMBIENTALES Y DE CONSERVACION

El tratado dispone que con respecto a tres tratados internacionales ambientales, sus obligaciones tendrán precedencia sobre el TLCAN en caso de conflicto. Esta precedencia está calificada por el requisito de que una Parte que depende del tratado ambiental debe elegir, entre "los medios igualmente eficaces y razonables a su alcance para cumplir con tales obligaciones, [...] la opción que presente menor grado de incompatibilidad con las demás

¹ Ron Davidson, External Affairs and International Trade, comunicación a un miembro del grupo del medio ambiente, Septiembre 14, 1992, Ottawa

disposiciones del Tratado" (Art. 104). En el caso de proceder a la solución de una controversia ante un panel de disputas comerciales, este test de "menor grado de incompatibilidad" con el TLCAN permitirá a los miembros del panel decidir si la forma de cumplimiento elegida por un gobierno es aceptable bajo el TLCAN.

Los tres tratados ambientales nombrados son La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, y el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación² (cuando sean aplicables en los tres países). Además, se incluyen dos acuerdos bilaterales: el acuerdo entre Canadá y los Estados Unidos en lo relativo al movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, y el acuerdo entre EE.UU. y México para la cooperación en la protección y mejoramiento del ambiente en la zona fronteriza. (Anexo 104.1)

Las disposiciones comerciales del CITES incluyen el requisito de permisos de exportación e importación, o prohibiciones llanas del comercio para especies específicas de plantas o animales. Esta convención está vigente, con 110 países adherentes.

Las disposiciones comerciales de la Convención de Basilea incluyen el derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos específicos para su eliminación y la prohibición de exportar sin consentimiento previo. Las partes no pueden permitir la exportación de desechos a países no adherentes. Queda aún la incertidumbre sobre los criterios precisos para evaluar una sustancia química como restringida o prohibida. Esta convención está vigente para países, como Canadá, que la han ratificado.

El Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, negociado en 1989 y enmendado posteriormente, establece fechas para reducir en etapas la producción y el consumo de estas sustancias agotadoras de la capa de ozono, las cuales se utilizan en productos como refrigeradores, acondicionadores de aire y extinguidores de fuego. El Protocolo urge a las partes a desalentar el comercio de los productos de la lista para llegar al objetivo de eliminar la producción y el consumo de estas sustancias controladas para el año 2000.

Las Partes deben también considerar la factibilidad de restringir o prohibir las importaciones de otros países que no son miembros, de productos producidos con, aunque sin contenerlas, sustancias controladas listadas en el Anexo A del Protocolo. Específicamente, en relación al comercio con otros países, la fuente más probable de disputas comerciales, el Protocolo establece fechas determinadas después de las cuales se prohibirán las importaciones y exportaciones con dichos países. La prohibición de importar sustancias comprendidas en el Anexo A del Protocolo se hizo efectiva el 11 de enero de 1991; la prohibición de exportar sustancias del Anexo A tomó efecto el 1 de enero de 1993. Las sustancias añadidas en la enmienda de Londres (Anexo B) son también prohibidas el 1 de enero de 1993. En noviembre 23-25 de 1992 se llevó a cabo una cuarta reunión de las partes del Protocolo. En dicha reunión se acordó eliminar para 1996 los fluoruros de carbono (CFC), el tetracloruro de carbono y el cloroformo metanol. Los halógenos se eliminan en 1994. Esta última ronda de enmiendas entra en vigencia el 1 de enero de 1994.

No han habido decisiones del panel de controversias comerciales basadas en un conflicto entre un tratado de comercio (GATT o el TLC Canadá-EE.UU.) y un tratado ambiental. Sin embargo, existe la posibilidad de que

² Los EE.UU., Canadá y México son partes en el Protocolo de Montreal y han ratificado las enmiendas de Londres. También los tres han firmado y ratificado el CITES. Los tres países han firmado la Convención de Basilea y Canadá y México la han ratificado. Los EE.UU. no han ratificado todavía esta Convención.

ocurran, particularmente impulsadas por miembros del GATT que no forman parte del tratado ambiental en cuestión. El artículo 104 no excluye las disputas bajo el TLCAN, pero limita la presentación al panel de controversias de una disputa concerniente a uno de los tratados señalados a un examen sobre si la medida en cuestión fue la menos incompatible con el TLCAN al alcance.

4. DISPOSICIONES SOBRE EL COMERCIO DE RECURSOS

Al igual que el GATT y el TLC Canadá-EE.UU., el TLCAN prescribe el libre comercio de recursos al limitar los derechos de los gobiernos a tomar medidas que restrinjan dicho comercio. El Capítulo 3 (Trato nacional y acceso de bienes al mercado) y el Capítulo 6 (Energía y petroquímica básica) contienen estas disposiciones.

Las Partes no podrán incrementar aranceles aduaneros vigentes ni adoptar nuevos, salvo algunas excepciones (Art. 302). Las Partes no podrán "adoptar o mantener ninguna prohibición ni restricción a la importación de cualquier bien de otra parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier bien destinado a" otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT, el cual es incorporado al TLCAN (Art. 309). Esta prohibición incluye requisitos de precio de exportación e importación. El artículo XI del GATT permite restricciones mediante "aranceles, impuestos u otras tarifas, ya sea en forma de cuotas, licencias de importación o exportación u otras medidas", pero el artículo 315 del TLCAN limita este derecho; dichas medidas son permitidas sólo si también corresponden a las otras partes del TLCAN y al consumo doméstico del bien.

Las excepciones canadienses a estos requisitos sobre recursos incluyen el derecho a mantener controles de exportaciones de troncos sin procesar y algo de pescado no procesado, algunos productos agrícolas, incluyendo importe de cereales de los EE.UU., y tasas de cargo preferenciales para cereales. (Anexo 301.3)

El TLCAN limita también los poderes disponibles bajo el GATT XI:2(a) sobre restricciones temporarias a la exportación para prevenir escasez de alimentos y otros materiales esenciales; y bajo el GATT XX(g)(i)(j), el cual incluye medidas para la conservación de recursos naturales, un sistema interno de doble precio para materiales esenciales, y la adquisición de productos de oferta limitada.

Específicamente, las partes no podrán reducir la proporción de su producción de un producto que se exporta por debajo de la cantidad disponible para otra Parte en los 36 meses anteriores o en "un período representativo distinto" que las partes puedan acordar. (Art. 315)." Esta disposición, la "cláusula de proporcionalidad", al igual que el Artículo 409 del TLC Canadá-EE.UU, prohíbe en forma efectiva una política de "Canadá primero" para todos los recursos naturales, aún en tiempos de escasez. México está eximido de esta disposición. (Anexo 315)

4.1 Agua

No existe una cláusula en el tratado que exceptúe las exportaciones de agua de estas disposiciones, estando por lo tanto sujetas a estos requisitos. Específicamente, el agua está sujeta a los mismos requisitos de "Trato nacional" de bienes. (Art. 301). El TLCAN no define el agua en su texto ni en los aranceles pertinentes, limitando la definición de agua a agua embotellada. El agua aparece definida en el ítem 22.01 de la nomenclatura de aranceles del TLCAN de la siguiente manera:

"Aguas, incluyendo aguas minerales naturales o artificiales y aguas aireadas, sin adición de azúcar u otros edulcorantes sin sabor, hielo y nieve."³

Existen definiciones más completas de agua en las Notas Exploratorias de la Descripción Armonizada de Bienes y Sistema Codificado de la Aduana de Canadá, considerada la nomenclatura canadiense oficial para bienes sujetos a aranceles. De las Notas Exploratorias se puede concluir que:

El encabezamiento (22.01) cubre: (A) Agua natural común de toda clase (otra que agua de mar - ver encabezamiento 25.01)⁴

El gobierno federal de Canadá ha argumentado que este encabezamiento de la tarifa no cubre el agua en sistemas fluviales ya que ésta no era considerada como un "bien" en sentido comercial; también citan el encabezamiento del capítulo, "Bebidas, líquidos alcohólicos y vinagres", en apoyo del punto de vista que sólo el agua embotellada está comprendida. Sin embargo, la interpretación de las reglas que acompañan la nomenclatura de aranceles indican que los encabezamientos de los capítulos son sólo una referencia y que

a fines legales, la clasificación será determinada según los términos de los encabezamientos y relativos a las notas de la sección o capítulo⁵

Como lo señala Linton,

Expertos canadienses en comercio internacional y legislación de recursos, reconocidos y respetados, sostienen que el agua natural está de hecho comprendida en el encabezamiento arancelario 22.01. Aún la empresa legal de Ottawa, citada por el gobierno federal en el debate sobre el comercio de agua de 1988, ha reconocido lo siguiente:

"Una revisión de los distintos encabezamientos arancelarios del Capítulo 22 ... revela que el Capítulo 22 se refiere a bebidas. Sin embargo, nada en el encabezamiento 22.01 indica que la palabra "aguas" está restringida a aguas utilizadas como bebida o aguas que no sean en cantidades a gran escala, tal como sería la requerida para un desvío.

"En conclusión, es mi opinión que cualquier agua, excepto el agua de mar, podría clasificarse bajo el encabezamiento arancelario 22.01, sin tomar en cuenta la cantidad de agua importada ni su uso."⁶

³ Canada, An Act to Implement the NAFTA Schedule, Part A, Schedule I to the Customs Tariff, p.124; citado en Linton, Jamie, NAFTA and Water Exports, A Submission to the Cabinet Committee on NAFTA of the Government of the Province of Ontario, Ottawa, April 1993.

⁴ Citado en Canadian Centre for Policy Alternatives (CPPA), Which Way for the Americas, Analysis of NAFTA Proposals and the Impact on Canada, Ottawa, 1992.

⁵ General Rules for the Interpretation of the Harmonized System, listed in NAFTA, Schedule Part A, p. 8, citado en Linton, Jamie, ibid., p. 2.

⁶ Linton, ibid., p. 3.

A pesar de que el texto del TLC Canadá-EE.UU. es paralelo a éste, el gobierno federal incluyó en la legislación de implementación una excepción aparente del agua de dicho tratado: la sección 7 de la Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio Canadá EE.UU.⁷ dice:

- (1) Para mayor certeza, nada en esta Ley o Tratado, excepto el artículo 401 del Tratado, se aplica al agua.
- (2) En esta sección "agua" significa agua natural en superficie y en la tierra en estado líquido, gaseoso o sólido, pero no incluye agua empaquetada como bebida o en tanques.

La sección 401 del TLC se refiere a la eliminación de aranceles sobre bienes.

Gordon Ritchie, Subjefe de negociación por Canadá durante las negociaciones del TLC ha sostenido que los EE.UU. aceptaron dicha excepción, dado el texto de la legislación estadounidense de implementación, y que el agua está por lo tanto excluida del ámbito del TLC.⁸ Se deduce entonces que Canadá puede proteger el agua de los requerimientos del TLCAN incluyendo dicha excepción en la legislación de implementación del TLCAN. Dicha excepción ha sido incluida en la legislación de implementación del TLCAN, en la Sección 7 del Proyecto de Ley Bill C-115, Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁹.

Para que esta excepción se haga efectiva es necesario que los términos de la legislación interna tengan precedencia, en caso de conflicto, sobre los términos del tratado internacional. La justicia canadiense no otorgará vigencia a una obligación de un tratado internacional por sobre la legislación federal o provincial. Tampoco otorgará vigencia a un tratado internacional a menos que haya sido promulgado como ley por el organismo legislativo apropiado.¹⁰

Sin embargo, en contraste, los paneles de solución de controversias, cuyos poderes jurisdiccionales derivan de tratados internacionales, no están obligados por tales consideraciones legales internas. En el curso normal de sus deliberaciones, determinan con frecuencia si una ley interna es compatible con el tratado comercial en cuestión.¹¹ Cuando existe dicha discrepancia, se espera que el país cuya ley se estima en conflicto la cambie de acuerdo al dictamen del panel.¹² El TLCAN, en su artículo 2018, dispone que normalmente debería tomarse tal decisión luego

⁷ Canada-US Free Trade Implementation Act, R.S.C. 1988, Chap. C-106.

⁸ Ritchie, Gordon, Toronto Star, Feb 11, 1993 y comunicaciones personales, Feb. 15, 1993.

⁹ An Act to Implement the North American Free Trade Agreement.

¹⁰ Ver Hogg, Peter, Constitutional Law of Canada, 3rd. edition (1992), en especial el Capítulo 11. Al tratar la implementación de tratados dentro del sistema federal canadiense, Hogg concluye que la justicia canadiense "no pondrá en efecto un tratado a no ser que haya sido promulgado como ley por el organismo legislativo apropiado." Más bien, la justicia canadiense "aplicará la ley promulgada por estatuto o derecho consuetudinario, aún si es inconsistente con un tratado internacional que Canadá tiene obligación de cumplir." Señala además que "cuando el texto de una ley es claro e inequívocamente inconsistente con un tratado u otra reglamentación de la ley internacional, no hay posibilidad de interpretarlo en conformidad con la regla internacional y la ley debe aplicarse como tal."

¹¹ Por ejemplo, ver los casos de Salmón y Arenque, Cerveza estadounidense, ambos tratados más adelante, y Atún-Delfines: United States - Restrictions on Imports of Tuna, GATT Doc. DS21/R, 3rd. September 1991.

¹² No siempre los países cumplen. Los EE.UU., por ejemplo, continúan negociando con México a raíz de la decisión del panel del GATT en el caso Atún-Delfines. Las penalidades por no cumplimiento incluyen retiro de beneficios y concesiones negociadas bajo el tratado comercial.

de un dictamen del panel de controversias.¹³ Es a través de este proceso que las disposiciones de los tratados comerciales pueden, de hecho, tomar precedencia por sobre la legislación interna de un país.

Finalmente, con respecto a la cuestión de las exportaciones de agua, no hay mención de la aceptación de la exclusión del agua del ámbito del TLC en la legislación estadounidense de implementación, titulada Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá de 1988¹⁴. Más bien, la sección a la que se refiere Ritchie dice:

Sección 101(b) CONDICIONES PARA LA PUESTA EN VIGENCIA DEL TRATADO.- En el momento en que el Presidente determine que Canadá ha tomado las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones del Tratado, el Presidente está autorizado a intercambiar cartas con el Gobierno de Canadá disponiendo la puesta en vigencia, el 1º de enero de 1989 o después, del Tratado con respecto a los Estados Unidos.

Esta falta de una excepción explícita para el agua en el TLC y en el TLCAN contrasta con las excepciones que existen para las prohibiciones de exportación de troncos sin procesar y algunas variedades de pescado no procesado. Es razonable concluir que, si las partes hubieran estimado necesario introducir una excepción para el agua, la habrían incluido: su ausencia hace pensar que las Partes no tenían intención de incluir una excepción para el agua.

Hay otro problema que surge si los canadienses aceptan el argumento de que la legislación estadounidense de implementación toma precedencia sobre el texto del TLC, dado que la ley de EE.UU. incluye esta disposición:

Sección 102(a) LAS LEYES DE ESTADOS UNIDOS TOMAN PRECEDENCIA EN CASO DE CONFLICTO.- Ninguna disposición de este Tratado, ni la aplicación de una disposición tal a cualquier persona o en cualquier circunstancia, que estuviere en conflicto con cualquier ley de los Estados Unidos, tendrá vigencia.

Se puede concluir de esta sección que el Gobierno de EE.UU. se considera a sí mismo para nada obligado por las disposiciones del TLC. De hecho, ambas partes han aceptado, mediante el uso de los paneles de solución de controversias, la jurisdicción de dichos paneles para revisar las leyes internas a la luz de las disposiciones del TLC.

La precedencia del texto del TLC en las decisiones del panel comercial elimina cualquier argumento basado en que el agua ha sido excluida del Tratado. Pareciera claro que una decisión futura de un panel de controversias sobre este tema determinará que el agua está incluida en los términos del TLC y el TLCAN. De allí se deduce que la administración de los recursos de agua canadienses quedan sujetos a las mismas restricciones del TLC que afectan a todos los recursos naturales.

¹³ El artículo 2018 del TLCAN especifica:

1. Una vez recibida la decisión final del panel, las Partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel, y notificarán a sus secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado.
2. Siempre que sea posible, la resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida disconforme con este Tratado o que sea causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004. A falta de resolución, podrá otorgarse una compensación.

¹⁴ United States-Canada Free-Trade Agreement Implementation Act of 1988, Pub.L. 100-449 USCA para. 2112 nt. (West 1980 & Supp. 1993).

4.2 Energía y petroquímica básica

El mismo esquema de restricción a medidas de control de importación/exportación basadas en el GATT, está explícitamente definido en el TLCAN, en relación a energía y productos petroquímicos básicos (Arts. 603 a 606). Sin embargo, México está eximido del Artículo 605, la cláusula de proporcionalidad (Anexo 605) y se reserva para sí mismo muchos elementos del sector energía, incluyendo electricidad como servicio público y energía nuclear. Se permite la participación del sector privado en servicios relacionados con la producción de energía (Anexo 602.3).

El TLCAN permite continuar con incentivos para la exploración y desarrollo de petróleo y gas, al igual que el TLC Canadá-EE.UU. (Art. 608). El TLCAN permite también requisitos en relación al proyecto petrolero canadiense Hibernia, como que ciertos bienes y servicios se originen en Newfoundland y en Canadá, y que el operador del proyecto realice sus "mejores esfuerzos" para lograr niveles específicos de contenido canadiense y de Newfoundland. Canadá podrá también requerir la transferencia de tecnología a una empresa canadiense en conexión con Hibernia. (Anexo I, p. I-C-28).

Con respecto al Programa Internacional de Energía (PIE), por el cual Canadá está obligado a compartir recursos petroleros con los EE.UU. en tiempos de escasez, el TLCAN otorga precedencia al PIE sobre el TLCAN (Anexo 608.2) entre Canadá y los Estados Unidos. Dado que el PIE obliga a todos los miembros de la Agencia Internacional de energía, un organismo de la OECD [Organización de Cooperación y Desarrollo Económico], e incluye mecanismos estrictos de implementación, una escasez en los EE.UU. solamente puede no ser suficiente para invocar los requisitos del PIE.

5. DISPOSICIONES SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE ESTÁNDARES AMBIENTALES

5.1 Estándares sanitarios y fitosanitarios (ESF)

Esta sección está sujeta al requisito general de que el gobierno federal asegure la observancia del tratado por parte de las provincias (Art. 105) y de las organizaciones no gubernamentales que establecen estándares (Art. 711), como el Consejo Canadiense de Estándares y la Asociación Canadiense de Estándares. Esta adjudicación de responsabilidades federales es nueva, y no formaba parte del Tratado entre Canadá y EE.UU.

Las medidas sobre ESF tienen una definición amplia e incluyen estándares sanitarios para plantas y animales, incluyendo pesticidas y aditivos comestibles en cuanto se aplican a los humanos. También se incluyen procesamiento o métodos productivos, procedimientos de control, métodos estadísticos, procedimientos de muestreo, métodos de evaluación de riesgos, empaquetamiento y etiquetado en relación a la seguridad alimenticia, y requerimientos de cuarentena. (Definición, p. 7-43 a 7-44).

Aunque no se usa la palabra "armonización", el capítulo describe un enfoque comprehensivo a la armonización de estos estándares por un grupo de organismos internacionales, incluyendo la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias, la Convención Internacional para la Protección de las Plantas, y la Organización de América del Norte para la Protección de las Plantas. (Art. 713)

5.1.1 Soberanía sobre medidas de ESF

El artículo 712 detalla los derechos de cada país para establecer sus propios ESF, junto con los requisitos implícitos en estos derechos.

Los países tienen el derecho de adoptar cualquier estándar sanitario y fitosanitario necesario para la protección de la vida y la salud humana, vegetal o animal en su territorio, incluida una medida que sea más estricta que un estándar internacional y tiene derecho a fijar su propio "nivel apropiado de protección" (Art. 712; Art. 715) Deben hacerlo según los procedimientos y normas establecidos por la subsección sobre ESF. Las restricciones sobre este aparentemente amplio poder incluyen la necesidad de utilizar "principios científicos", la evaluación de riesgo, no discriminación en contra de un bien de otra Parte, aplicación sólo en tanto necesaria para lograr un nivel adecuado de protección, y abstención de medidas que tengan como resultado crear una restricción encubierta al comercio.

El texto de estas restricciones, algunas de las cuales reflejan decisiones previas y estándares del panel comercial, requiere un examen más detallado.

a. "en su territorio" (Art. 712, parr. 1)

Un país queda limitado a aplicar sólo aquellas medidas de ESF que afecten su territorio. Esta sección codifica de hecho el dictamen ampliamente criticado del GATT en el caso del atún-delfines, en el cual la Ley de Protección de Mamíferos Marinos de los EE.UU. fue dictaminada incompatible con el GATT. Podría limitar el derecho de Canadá de tomar medidas de protección para animales o plantas ubicadas fuera de Canadá pero que afectan la salud o el medio ambiente en Canadá. Las medidas en relación a aves migratorias y salmones podrían ser afectadas.

Dado que la definición de una medida de ESF incluye "procesamiento de productos secundarios o métodos de producción", el texto también plantea el problema de impactos extra territoriales de, por ejemplo, una prohibición de importación de productos a Canadá si contienen un pesticida cuyo uso está prohibido en el país.

b. "basado en principios científicos (Art. 712, parr. 3)

Aunque las consideraciones de evidencia científica de impactos ambientales y sanitarios es fundamental en el establecimiento de estándares ambientales, es común que existan distintas interpretaciones de cualquier conjunto de datos científicos siendo por lo tanto necesario emitir un juicio en cuanto a qué interpretación se sigue.

Los responsables de tomar decisiones de políticas sobre estándares deben ejercer su juicio basándose en muchos factores. La evidencia científica, o los "principios" científicos no son determinantes. Aun después de considerar la evidencia científica, los responsables de establecer estándares todavía tienen que decidir el nivel de protección a establecer.

Los comentarios del Profesor David Wirth sobre la inclusión de "justificación científica" para los estándares de ESF adoptados en la Ronda Uruguay del GATT, se aplican también a la mención en el TLCAN de "principios científicos":

... el test de "justificación científica" del Borrador Dunkel confunde en forma inapropiada las conclusiones científicas con las opciones de política social. Si bien el análisis científico puede ayudar a establecer un nivel dado de protección, la opción del nivel a lograr refleja los valores sociales, en relación a los cuales

la ciencia otorga muy poca o ninguna orientación. Por ejemplo, una evaluación de riesgo puede ayudar a establecer un estándar destinado a limitar la posibilidad de que un individuo desarrolle cáncer a causa de una exposición de por vida a una sustancia química particular no mayor de una en un millón. Por el contrario, la opción de la meta "una en un millón" - opuesta por ejemplo a cero, o una en mil - es una opción de política pública. Existe también el riesgo de que el test Dunkel de "justificación científica" pueda ser interpretado como que requiere una conexión causal entre exposición y efectos, un estándar sumamente inapropiado en decisiones ambientales y de salud pública, donde abundan las incertidumbres científicas, así como enfoques incompatibles con una gran parte de nuestra legislación interna sobre medio ambiente y seguridad y salud.¹⁵

c. "basado en una evaluación de riesgo, según sea apropiado a las circunstancias" (Art. 712, 3)

Según está definido en el TLCAN, la evaluación de riesgo requiere una evaluación del potencial de una peste no deseada que se establezca en un territorio, así como las consecuencias biológicas y económicas potenciales, o los efectos potenciales nocivos para salud humana o animal de un aditivo, contaminante, tóxico u organismo causante de enfermedades. (p.7 - 43).

Hay varios problemas implícitos en este texto. La definición sugiere que no se requiere en cada evaluación de riesgo un análisis de riesgo/beneficio, que comprenda un balance de impactos sobre la salud con factores económicos. Sin embargo, "la factibilidad económica" es un factor a considerar en el establecimiento de estándares sanitarios y fitosanitarios. (Art 712, 5). Esto pareciera introducir el requisito de balance, así como la incertidumbre de "factibilidad técnica". Estos requisitos plantean el problema de evaluación de quién se toma en cuenta al determinar la factibilidad técnica y económica. Pueden llegar a ser una base para un productor que desea exportar a Canadá para argumentar que un estándar sanitario o fitosanitario es inadmisibles si su cumplimiento no es factible para su negocio en particular.

El que dichos estándares deben "basarse en" una evaluación de riesgo plantea también el problema de qué tipo de estándar legal será aplicado por paneles comerciales al examinar si una medida está "basada en" una evaluación de riesgo; y qué medidas se deberán "dictar" como resultado de evaluaciones de riesgo.

Las evaluaciones de riesgo deben ser "apropiadas a las circunstancias", pero cuándo son "apropiadas" tampoco queda claro.

Este tema del rol de la evaluación de riesgo y beneficios de riesgo no es nuevo en Canadá en relación a los tratados comerciales.

La ley actual canadiense sobre estándares para registro de pesticidas, regulaciones adoptadas siguiendo la Ley Canadiense sobre Productos de Control de Pestes,¹⁶ requiere una consideración de la evidencia científica en relación a si un pesticida puede ser registrado en Canadá, pero es un estándar basado en la salud. El Ministro de Agricultura puede rehusar el registro de un producto de control de pestes si es de la opinión que el uso del

¹⁵ Wirth, David A. Statement and Testimony before de House Committee con Science, Space and Technology. Washington, September 30, 1992.

¹⁶ Pest Control Products Act, R.S.C. P-10, s.1.

pesticida "puede conducir a un riesgo inaceptable o daño a ... la salud pública, plantas, animales o el medio ambiente".¹⁷

Por el contrario, bajo la Ley Federal de Insecticidas, Fungicidas y Raticidas,¹⁸ de los Estados Unidos, la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) debe encontrar el nivel al que el pesticida en cuestión causa "efectos adversos excesivos sobre el medio ambiente", antes de ejercitar su autoridad regulatoria en el registro de un pesticida. La EPA puede también otorgar la licencia de un pesticida para un uso determinado a menos que los riesgos de dicho uso sean mayores que los beneficios. La ley define "efectos adversos excesivos sobre el medio ambiente" como:

cualquier riesgo excesivos al hombre o al medio ambiente, teniendo en cuenta los costos y beneficios económicos, sociales y ambientales del uso de cualquier pesticida.

Dado que los estándares canadienses no requieren que los riesgos a la salud sean sopesados con los beneficios económicos, estos estándares para la licencia de pesticidas son por lo tanto más estrictos que los de los EE.UU.

El TLC Canadá-EE.UU. requería la armonización de los estándares de pesticidas incluyendo "trabajar hacia la equivalencia en ... el proceso de evaluación de riesgo-beneficios".

Canadá realizó una Revisión de la Registración de Pesticidas, la cual recomendó que se tomaran decisiones regulatorias utilizando un enfoque de administración del riesgo, que comprenda una evaluación de la eficacia, evaluación de riesgo y, si fuera apropiado, una evaluación del valor. Este enfoque es distinto del análisis cuantitativo formal de riesgo-beneficios, el cual mide en números los riesgos y los beneficios. Aunque la "administración del riesgo" incluye una evaluación de datos científicos para determinar el riesgo o daño a la salud humana y a la seguridad del medio ambiente, ésta implica decisiones regulatorias de naturaleza cualitativa basada en la totalidad de la evidencia.

Los cambios recomendados, si se implementan, proporcionarán un esquema canadiense que, al igual que el actual, difiere del énfasis del TLCAN sobre la evaluación de riesgo. Existe sin embargo la posibilidad de cuestionamientos basados en consideraciones comerciales al esquema canadiense.

d. "necesarias"

Las medidas sobre ESF a tomarse son aquellas "necesarias" para la protección la protección de la vida y la salud humana, vegetal o animal, y pueden ser aplicadas sólo en tanto en tanto "necesarias para lograr un nivel adecuado de protección, tomando en cuenta la factibilidad técnica y económica".

La utilización del término "necesarias" refleja el texto del Artículo XX del GATT, el cual permite medidas que no sean discriminatorias y que no encubran restricciones al comercio, si son:

(b) necesarias para la protección de la vida o la salud humana, vegetal o animal.

¹⁷ Pest Control Products Regulations, s.18, CRC C. 1253 as amended.

¹⁸ Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act, 7 U.S.C.A. paras. 136-136y, (West 1980 & Supp. 1993)

Existe una extensa jurisprudencia bajo el Artículo XX del GATT en relación a medidas evaluadas por paneles de controversias comerciales en cuanto a su consistencia con el GATT.¹⁹ Según David Wirth:

No conozco ningún informe de panel del GATT que en la interpretación de esta palabra haya dictaminado una medida como compatible con el GATT. Los informes de los paneles articulan de diversas maneras, un test de "menor inconsistencia con el GATT" o de "menor restricción al comercio". Es bastante obvio que la palabra "necesario" ha sido interpretada para dar a los paneles de resolución de controversias la autoridad amplia de decidir sobre la naturaleza de medidas internas de los países y de utilizar su propio juicio para decidir sobre lo deseable de una regulación en particular. Esto constituye un enfoque analítico que asegura virtualmente, en la práctica, que una medida cuya consistencia con el tratado esté en cuestión, requiera un test que no pasará. Y al contrario de un sistema judicial nacional, los paneles de solución de controversias tienen sólo un remedio: la conclusión de que una acción particular es o no es compatible con el régimen.²⁰

En una revisión de la historia de lo que él denomina el "test 'necesario' mutante", Steve Charnovitz señala que en las reuniones donde se elaboró el borrador del GATT se prestó poca atención al término "necesario", pero la documentación indica que las controversias bajo el artículo XX(b) serían resueltas sobre la base de un test científico.²¹ El gobierno canadiense utilizó este razonamiento en su intervención en un procedimiento judicial en EE.UU. que comprendía un cuestionamiento de la EPA de los EE.UU. prohibiendo la manufactura, importación, procesamiento y distribución comercial de la mayoría de los productos que contienen asbestos.²² Canadá argumentó que la prohibición no estaba fundamentada por evidencia suficiente que probara que era "necesaria" según el significado del GATT y el TLC Canadá-EE.UU., y que la disponibilidad de medidas menos estrictas demostraba que la prohibición constituía un obstáculo innecesario al comercio.

El "test de menor incompatibilidad con el GATT", basado en la premisa de que un estándar de salud puede ser considerado "necesario" sólo si no existen medidas alternativas menos incompatibles con el GATT susceptibles de aplicación, se originó con el caso Cigarrillos Tailandia.²³ El mismo tipo de análisis fue utilizado por paneles comerciales que encontraron que la regulación de la Ley de Pesca canadiense examinada en el caso de Salmón y Arenque²⁴ era incompatible con el GATT y el TLC.

Un test similar es aparente en relación al grado de protección del TLCAN en acciones comerciales tomadas según los tratados ambientales internacionales mencionados. En caso de inconsistencia entre el TLCAN y los tratados específicos, las partes están obligadas "elegir la [alternativa] que presente menor grado de incompatibilidad con las demás provisiones" del TLCAN (Art. 104).

¹⁹ Ver Wirth, *op. cit.*, fn. 19.

²⁰ Wirth, *op. cit.*, pp. 10-11.

²¹ Charnovitz, Steve, Reconsidering the Debate on "GATT and the Environment", Paper prepared for the Ottawa Conference on International Trade and Sustainable Development, 1992.

²² Corrosion Proof Fittings v. EPA, 947 F.2d 1201 (5th Cir 1991); Brief for Amicus Curiae Government of Canada at pp. 16-19.

²³ Thailand - Restrictions on Importation of an Internal Taxes on Cigarettes, GATT Doc. 375/200 (Thai Cigarette Case).

²⁴ Canada-US Trade Commission Panel: In the Matter of Canada's Landing Requirements for Pacific Cost Salmon and Herring, 1989, (Salmon and Herring Case).

Un "test de menor restricción al comercio" fue utilizado por un panel del GATT al definir "necesario" en el caso de la Cerveza de EE.UU.²⁵ en un análisis preocupante. El problema en el caso era si las leyes estatales que requería que las bebidas alcohólicas fueran importadas por transportistas autorizados a operar en estados particulares, podrían ser justificadas bajo el Artículo XX (d) del GATT.

El panel decidió:

...los Estados Unidos no han demostrado que el requisito de un transportista común sea la medida de menor restricción al comercio susceptible de aplicación en diversos estados y que medidas menos restrictivas, como por ejemplo requisitos de mantención de récords de minoristas e importadores, no son suficientes para propósitos de administración impositiva.²⁶

Más aún, la justificación del panel en su conclusión fue que dado que "no todos los cincuenta estados de los Estados Unidos tienen requisitos comunes para transportistas ... algunos estados han hallado formas alternativas, y posiblemente de menor restricción al comercio y menor inconsistencia con el GATT, para aplicar sus leyes impositivas". (Énfasis del autor)

Charnovitz comenta que:

En otras palabras, el panel concluyó que la mera existencia de leyes estatales no armonizadas demuestra que existen métodos alternativos susceptibles de aplicación.²⁷

Los miembros del panel no consideraron para nada las causas posibles de la existencia de dichas diferencias: distintas metas impositivas, objetivos de políticas sobre alcohol, efectividad de diversas medidas en distintos estados, etc.

Se ha propuesto que el test de "menor restricción al comercio" sea utilizado en las propuestas de la Ronda Uruguay del GATT relativas al "Código de Estándares" y la "Decisión ESF" sobre regulaciones y estándares de productos.

A la luz de estas interpretaciones cada vez más restrictivas del test de "necesidad" en la jurisprudencia comercial, se puede esperar que la inclusión de este término en la cláusula de "Derechos y Obligaciones Básicas" ESF actúe como una barrera importante para un país o provincia que quisiera establecer un estándar ESF distinto de los estándares internacionales establecidos.

e. "restricciones encubiertas al comercio"

Al aplicar los tests mencionados, los paneles de controversias indagan esencialmente si las medidas en cuestión son medidas de protección ambiental "bona fide", o si pueden ser caracterizadas, en la opinión de los miembros del panel, como "restricciones encubiertas al comercio". El TLCAN prohíbe que una Parte utilice un estándar ESF que "tenga la finalidad o la consecuencia de crear una restricción encubierta al comercio entre las Partes" (Art. 712,

²⁵ United States - Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, GATT Doc. DS23/R, February 1992 (US Beer Case).

²⁶ Ibid. at 5.52

²⁷ Charnovitz, op.cit. p. 15.

parr. 6), subrayando el poder de los paneles para conducir sus investigaciones sobre esta base. La inclusión de "con la consecuencia de" extiende la red con amplitud; de la misma manera que los tests mencionados anteriormente, constituyen una severa restricción a los derechos de las Partes a establecer sus propios estándares.

f. "de conformidad con esta sección" y "No obstante cualquier otra disposición de esta sección" (Art. 712, Parr. 1 y 2)

Estos dos párrafos permiten a las Partes establecer medidas ESF más estrictas que los estándares internacionales y establecer sus niveles adecuados de protección, siempre que las medidas se adopten de acuerdo con la sección ESF del TLCAN. El establecimiento de niveles apropiados de protección está protegido de disputas basadas en otras secciones del capítulo de ESF, pero no necesariamente de disputas basadas en otras secciones del tratado; dicha protección habría tenido fuerza si el texto en cuestión hubiera sido "No obstante cualquier otra disposición de este tratado ..."

En resumen, el texto del TLCAN que establece los derechos y obligaciones de las Partes relativas a medidas ESF contiene una incertidumbre considerable y, a la luz de decisiones previas de paneles comerciales, restricciones significativas sobre los derechos de las partes a establecer estándares distintos de los internacionales.

El enfoque general de la utilización de estándares internacionales debe basarse en el uso de la "equivalencia" de estándares, la cual las Partes intentarán lograr sin reducir el nivel de protección de la salud. (Art. 714, parr. 1) Cada Parte puede establecer sus "niveles adecuados de protección", y al hacerlo, "deberá tomar en cuenta el objetivo de minimizar los efectos negativos sobre el comercio" (Art. 715, parr. 3). La inclusión de un objetivo comercial en el proceso de toma de decisiones para establecer niveles de protección constituye otra indicación de la primacía de consideraciones comerciales en el tratado, pero el uso de "deberá" en lugar de "establecerá" en esta sección reduce la posibilidad de un desafío exitoso a un estándar ESF basado en esto solamente.

Las Partes "tomarán en cuenta" factores económicos al establecer los niveles elegidos de protección, incluyendo "la relación costo-beneficio de otras opciones para limitar los riesgos" (Art. 715, parr. 2(c)).

Las partes "deberán" tomar en cuenta los estándares propuestos o vigentes de otras Partes al elaborar una medida sanitaria o fitosanitaria nueva (Art. 714, parr. 4), podrán establecer medidas provisionales antes de completar una evaluación de riesgo y, a solicitud de otra Parte, podrán implementar la medida en forma gradual (Art. 715).

5.1.2 Procesos del TLCAN para la elaboración de estándares sanitarios y fitosanitarios (ESF)

Los responsables de establecer estándares del gobierno federal de Canadá, al proponer la adopción o modificación de una medida de ESF, deben comunicársela a las otras partes y considerar cualquier comentario que sea presentado. Las autoridades federales deben también "a través de las medidas apropiadas, buscar asegurar" que los gobiernos provinciales sigan el mismo proceso. (Art. 718). En Canadá, las "medidas apropiadas" serían consultas federales-provinciales. Si Ontario está de acuerdo con estos procedimientos, necesitará tener más recursos a nivel provincial.

En general, la inclusión de este requisito, no sólo para la adopción de nuevas medidas de ESF, sino también la modificación de las actuales, puede significar un grado importante de participación de gobiernos extranjeros en

el proceso de establecimiento de estándares en Canadá. Si el TLCAN se extiende al hemisferio occidental, las implicancias en cuanto a recursos de los requisitos de notificación y consulta pueden llegar a ser considerables.

El tratado establece un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, con representantes de cada país, para "facilitar [...] el mejoramiento en la seguridad de los alimentos y en las condiciones sanitarias y fitosanitarias en el territorio" de los tres países, utilizando consultas entre las Partes y con expertos. (Art. 722).

Los organismos internacionales nombrados como Armonizadores de ESF incluyen la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias, la Convención Internacional para la Protección de las Plantas, y la Organización de América del Norte para la Protección de las Plantas.

El acceso público a estos organismos es muy limitado. El Codex permite el acceso público sólo a aquellos que son miembros asociados. La Oficina Internacional de Epizootias y la Convención Internacional para la Protección de las Plantas no permiten el acceso al público, y la Organización de América del Norte para la Protección de las Plantas permite asistir a las reuniones a representantes de organizaciones nacionales o internacionales y grupos agrícolas interesados en salud de las plantas.

5.2 Estándares: Barreras Técnicas al Comercio (Medidas relacionadas con estándares)

Esta sección del TLCAN se aplica a medidas relacionadas con los estándares no sean medidas sanitarias y fitosanitarias (Art. 901), e incluye una amplia variedad de estándares ambientales. Algunos ejemplos son regulaciones sobre emisiones automotrices, aguas residuales de pulpa y papel, administración de residuos peligrosos, pesca, conservación, etc.

El gobierno federal no tiene la obligación de asegurar el cumplimiento de este capítulo por parte de los gobiernos provinciales, pero debe buscar el cumplimiento "a través de medidas apropiadas", de la misma manera que los requisitos de notificación de medidas provinciales de ESF. (Art. 902)

5.2.1 Derechos y obligaciones básicas sobre medidas relacionadas con estándares

De la misma manera que con los estándares ESF, la intención de este capítulo es establecer un enfoque comprehensivo de armonización de estándares técnicos, incluyendo aquellos que tienen que ver con la protección ambiental y del consumo y con la salud humana, animal y vegetal. El derecho de las partes de establecer estándares propios es más amplio que los establecidos para los ESF, pero es de todas maneras un derecho calificado.

Específicamente, las partes pueden establecer los niveles de protección que consideren apropiados (Art. 904, parr. 2), y pueden establecer estándares más altos que los internacionales (Art. 905, parr. 3). Pueden también no establecer estándares con la intención o resultado de crear un obstáculo innecesario al comercio; este requisito refleja el artículo XX del GATT. No se considerará que es un obstáculo cuando:

la finalidad demostrable de la medida sea lograr un objetivo legítimo; y la medida no funcione de manera que excluya bienes de otra Parte que cumplan con ese objetivo legítimo (Art. 904, parr. 4).

La definición de "objetivo legítimo" incluye seguridad, protección de la vida y la salud humana, animal y vegetal, el ambiente y los consumidores, y el desarrollo sostenible. (Art. 915). Aunque el TLC Canadá-EE.UU. incluye salud, seguridad, el medio ambiente o intereses de los consumidores" como objetivos internos legítimos, el TLCAN es el primer tratado de libre comercio que incluye "el desarrollo sostenible" en la definición. Esto tiene el potencial de proporcionar protección para una amplia gama de estándares si, en caso de una controversia, los paneles de comercio interpretan la disposición con liberalidad.

5.2.2 Calificaciones

Sin embargo, de la misma manera que el derecho a establecer niveles apropiados de protección opera "No obstante cualquier otra disposición de este capítulo" (Art. 904, parr. 2) y no "No obstante cualquier otra disposición de este Tratado", sigue siendo posible la utilización de la disposición de "nulificación y menoscabo de beneficios" para cuestionar un estándar. De hecho, ello queda explícito en el Anexo 2004, el cual permite a quien cuestione una medida, buscar una resolución de la controversia basada en este texto, aún cuando la medida en cuestión sea compatible con los términos del TLCAN. Este anexo dispone que las partes pueden cuestionar un estándar que no contravenga el tratado, si la misma "nulifica o menoscaba" un beneficio que la Parte "razonablemente pudiera haber esperado recibir" bajo el TLCAN.

De la misma manera, la amplia protección otorgada a medidas protectoras posiblemente no podría aplicarse a prohibiciones de exportaciones de recursos como medidas de conservación, aún si fuera un componente del desarrollo sustentable o protección ambiental. Dichas acciones estarían en contra de las disposiciones de los Capítulos 3 y 6 más que de las disposiciones de este capítulo.

Queda por definir si dada esta limitación, estas disposiciones hubieran llevado a resultados diferentes en controversias como el Caso Salmón y Arenque canadiense y, más ampliamente, si estas disposiciones proporcionarían un nivel más alto de protección ambiental que el ocurrido en decisiones comerciales basadas en el artículo XX (b) y (g) del GATT según la interpretación bajo el tratado entre Canadá y EE.UU.

5.2.3 Procedimientos de Barreras Técnicas del TLCAN

Las partes se han comprometido a trabajar en conjunto para "mejorar" los niveles ambientales y de salud y seguridad haciendo que sus estándares sean compatibles, y pueden utilizar la evaluación de riesgo en el establecimiento de estándares. (Art. 906 y 907). Buscarán también hacer las evaluaciones de conformidad compatibles y cooperativas entre los tres países (Art. 908). Se requiere a las autoridades federales notificar y otorgar a las otras partes oportunidad de comentar cuando se proponga un estándar nuevo o una modificación.

El artículo 909, párrafo 6, dispone:

Cuando una Parte permita que personas de su territorio que no pertenezcan al gobierno estén presentes durante el proceso de elaboración de las medidas relativas a normalización, también deberán permitir que estén presentes personas de los territorios de las otras Partes que no pertenezcan al gobierno.

Esto pareciera dar derechos amplios de consulta a "interesados" en los tres países, quienes podrían participar en el establecimiento de estándares en los otros países.

Aunque este capítulo no está sujeto al artículo 105, el cual requiere que el gobierno federal "asegure" el cumplimiento por parte de los gobiernos provinciales, prevé claramente un derecho considerable de participación de otros gobiernos en prácticas provinciales relacionadas al establecimiento de estándares. Esto deberá ser implementado por los gobiernos federales a través de "medidas apropiadas" a nivel provincial. Estos derechos incluyen notificación de estándares nuevos o modificados (Art. 909, parr. 2 y 3), y cambios en la aplicación de estándares (parr. 7), permitiendo la participación de personas que pertenecen al gobierno de otros territorios según lo especificado para el establecimiento de estándares a nivel federal. En Canadá, la protección ambiental es un área compartida entre las jurisdicciones provincial y federal. Si los gobiernos provinciales decidieran no cooperar con cualquier intento federal de obtener el cumplimiento de estas disposiciones, se daría la posibilidad de un conflicto constitucional.

Las implicancias de estos requisitos para las políticas y los recursos es muy importante y pueden significar un gasto considerable. En una era en que la toma de decisiones ambientales comprende a menudo procesos con la participación múltiple de interesados, proporciona una base para que comerciantes no canadienses requieran su inclusión en estos procesos. Los canadienses tendrán los mismos derechos en procesos extranjeros. Aunque proporciona los mismos derechos a otros ciudadanos y grupos de ciudadanos extranjeros, pocos tendrán los recursos financieros para ejercer el derecho. Beneficiará sobre todo a las grandes corporaciones multinacionales, con sus ventajas financieras y de localización.

Las Partes se comprometieron a establecer un Comité de Medidas Relacionadas con Estándares y una serie de subcomités, con mandatos que incluyen muchos temas importantes en la protección ambiental, tales como:

- * Subcomités de Normas de Transporte Terrestre y de Normas Automotrices, cuyo mandato incluye niveles de emisiones y contaminación ambiental y transporte de materiales peligrosos (Art. 913, parr. 5 y anexos correspondientes)
- * empaquetado y etiquetado
- * acreditación de organismos de evaluación de la conformidad
- * clasificación y comunicación de peligros de tipo químico
- * programas para asegurar el cumplimiento
- * buenas prácticas de laboratorios
- * buenas prácticas de manufactura
- * criterios para la evaluación de daños de ciertos bienes al medio ambiente
- * metodologías para la evaluación del riesgo
- * pruebas de sustancias químicas, incluidas las de tipo industrial y las de uso agrícola, farmacéutico y biológico.

Aunque el tratado internacionaliza las consultas existentes, no otorga derechos de acceso público a estos nuevos procesos de comité, ni la provisión de información al público. En este sentido, es probable que ocasione disputas entre ambientalistas canadienses y sus gobiernos provinciales y federal. Al contrario de los procesos canadienses actuales, los ambientalistas quedan fuera de las tomas de decisiones sobre estándares.

La orientación general de las iniciativas de armonización en el capítulo sobre Barreras Técnicas al Comercio, al igual que en el capítulo sobre Estándares Sanitarios y Fitosanitarios, puede eventualmente tener como resultado un enfoque muy diferente del utilizado actualmente en Canadá para el establecimiento de estándares.

6. INVERSION

En el debate público sobre el TLCAN, se ha manifestado la preocupación de que el tratado de libre comercio con México permitirá a las corporaciones trasladar sus inversiones a las jurisdicciones que tienen los niveles más bajos de protección ambiental, las que incluyen México y algunas jurisdicciones de los EE.UU.. En respuesta a esta preocupación, los ambientalistas exigieron disposiciones del TLCAN que evitaran dichos traslados. Esto no se logró, y el capítulo sobre "Inversión" simplemente desalienta las políticas gubernamentales destinadas a promocionar esta práctica. Específicamente, el Artículo 1114, párrafo 2, dice:

Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte deberá eliminar, o comprometerse a eximir de la aplicación de esas medidas a la inversión de un inversionista, como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

El tratado no prohíbe la promoción de la inversión por medio de un relajamiento en cuestiones ambientales, ni tampoco pareciera que una Parte pudiera recurrir a un panel de controversias para plantear esto. La cláusula dispone consulta solamente. Tampoco impide cambios en inversión debido a diferencias existentes en estándares ambientales y su aplicación efectiva.

7. PROPIEDAD INTELECTUAL

El TLCAN proporciona protección a la propiedad intelectual, un asunto excluido del TLC Canadá-EE.UU. Las preocupaciones ambientales surgen de las disposiciones sobre patentamientos de formas vivas, y los posibles efectos a largo plazo sobre la agricultura y la biodiversidad. El tratado permite exclusiones de patentabilidad de invenciones:

para proteger el orden público o la moral, inclusive para proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal, o para evitar daño grave a la naturaleza o al ambiente, siempre que la exclusión no se funde únicamente en que la parte prohíbe la explotación comercial, en su territorio de la materia que sea objeto de la patente (Art. 1709).

Las partes pueden excluir también de la patentabilidad tratamientos terapéuticos, "plantas y animales, excepto microorganismos" y "procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales".

Sin embargo, las Partes deben proporcionar información para la protección a las variedades de plantas mediante patentes, a través de un esquema efectivo de protección sui generis, o ambos (Art. 1709)

Los canadienses están más familiarizados actualmente con el impacto de las empresas farmacéuticas, y la medida dictada para prolongar la protección de patentes, justificada por el gobierno federal en términos de los requisitos de la sección sobre Propiedad Intelectual del TLCAN. El gobierno federal ha dictado también medidas de protección a derechos de reproducción de plantas. Sin embargo, existe la preocupación sobre los impactos

ambientales de estas disposiciones y las implicancias futuras de la patentabilidad de formas de vida, particularmente en la agricultura.

Según lo señala un analista:²⁸

... la historia legislativa de los países industrializados demuestra claramente que los derechos de variedad vegetal llevan a derechos exclusivos de monopolio sobre microbianos y luego animales. En una tecnología donde genes de peces e insectos son insertados en plantas de cosecha y genes humanos son insertados en ratas, cerdos, ovejas y chivos, se quiebran las "barreras naturales" entre - no sólo especies - sino reinos biológicos. Se homogeniza la vida.

Más aún,

Las patentes sobre formas de vida tendrán como resultado que se eliminen los derechos tradicionales de los agricultores de conservar semillas [porque] plantar semillas sin pagar regalías es copiar sin autorización un producto patentado. Los agricultores se verán forzados a pagar regalías por cualquier semilla y animal derivado de existencias patentadas, forzados a una mayor dependencia de fertilizantes, pesticidas, herbicidas, y maquinaria fabricada por las mismas compañías que se apoderaron de las semillas en primer lugar y que ahora venden derivados químicamente dependientes.²⁹

Mooney también señala que las empresas líderes en investigación privada en biotecnología son predominantemente manufactureras farmacéuticas, que son a su vez líderes en pesticidas y semillas. Se concentran en la producción de variedades vegetales resistentes a los pesticidas, que deben ser producidas con el uso de sus herbicidas. Se podría proteger mejor el medio ambiente desarrollando especies vegetales resistentes a las plagas, lo que podría llevar a una reducción del uso de pesticidas en agricultura.

8. PROCESOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Al igual que en el Tratado entre EE.UU. y Canadá, todas las Partes se reservan el derecho de aplicar sus leyes en materia de antidumping y cuotas compensatorias, y de cambiarlas de manera que no sean incompatibles con el GATT y los principios de libre comercio del TLCAN (Art. 1902). La revisión judicial doméstica de decisiones tomadas bajo estas leyes es reemplazada por la revisión de un panel binacional (Art. 1904). Las partes realizarán otras consultas, incluyendo "la factibilidad de desarrollar reglas y disciplinas más eficaces sobre el uso de subsidios gubernamentales" (Art. 1907).

Como se señalara anteriormente, el capítulo 20 contiene otros procesos para ser usados en controversias comerciales, incluyendo demandas de nulificación y menoscabo de beneficios (Art. 2004, Anexo 2004). Por lo tanto, los paneles de controversias pueden aceptar quejas de que medidas "que no (son) incompatibles con este Tratado", pero que podrían privar a una Parte de un beneficio que razonablemente podría haber esperado obtener; las áreas objeto de este derecho incluyen la mayoría de las disposiciones sobre comercio de bienes (Segunda Parte del TLCAN), la sección Barreras Técnicas al Comercio y la propiedad intelectual.

²⁸ Pat Mooney, citado en Canadian Centre for Policy Alternatives, *op. cit.*, pp. 39-40.

²⁹ Canadian Centre for Policy Alternatives, *op. cit.*, p. 40.

A diferencia del Tratado entre Canadá y EE.UU., ciertas disposiciones sobre controversias del TLCAN se aplican específicamente a controversias sobre problemas ambientales.

Aunque las partes demandantes pueden, en general, utilizar el proceso de controversias del TLCAN, o el del GATT, una Parte demandada puede requerir que se aplique el proceso del TLCAN si se trata de estándares sanitarios o fitosanitarios, u otras medidas relacionadas con estándares. (Art. 2005, parr. 3,4).

En dichas disputas, la Parte que afirma que una medida de ESF, o relacionada con otro estándar, es incompatible con los capítulos respectivos del TLCAN tendrá la obligación de demostrar la incompatibilidad (Art. 723,4 y 919,4). Esto otorga un apoyo mayor para las disposiciones sobre estándares que lo que ocurre en las disputas en que se invoca el Artículo XX del GATT para defender un estándar ambiental. Queda por verse si el efecto de esta disposición es significativo. Normalmente, el peso de la prueba sólo juega un rol determinante en casos judiciales donde existe un equilibrio, y las disputas comerciales no han demostrado, hasta el momento, tal delicado equilibrio entre evidencia y ley.

Se pueden convocar comités científicos de revisión, a pedido del panel comercial (con el acuerdo de las Partes) o a solicitud de una Parte "sobre cualquiera cuestión de hecho relativa a aspectos relacionados con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados por algunas de las Partes contendientes" (Art. 2015). Los miembros de dicho comité serán seleccionados por el panel "de entre expertos independientes altamente calificados" después de consultar con las partes y con organismos científicos. Las Partes pueden presentar observaciones al comité científico y al panel sobre el informe del comité. El panel deberá tomar en cuenta el informe del comité.

Sin embargo, al igual que en las disputas entre Canadá y EE.UU., no se permite el acceso público al proceso, ni existe la oportunidad de participación o notificación pública:

las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones con el mismo, tendrán el carácter de confidenciales (Art. 2012,1(b)).

Los paneles no podrán divulgar qué panelistas votaron por la mayoría o la minoría (Art. 2017,2). Como se señalara anteriormente, el TLCAN también especifica las acciones que deberán implementar las partes después de una decisión del panel de controversias: normalmente, la eliminación de la medida cuestionada, o compensación a la parte demandante. (Art. 2018).

Las disposiciones sobre controversias del TLCAN pueden tener como resultado consideraciones más positivas en procesos de disputas sobre el medio ambiente. Se espera, por ejemplo, que los comités científicos sean más receptivos a la necesidad de medidas de conservación de recursos que en el pasado. Sin embargo, el impacto de las disposiciones tendrá sólo la fuerza que le dé el texto de las disposiciones sustanciales que sean interpretadas en cada controversia comercial.

Los procesos de controversias se apartan en forma radical de los procesos comunes en el sistema legal canadiense: juicios públicos, derecho de intervención de ciudadanos, atribución de los razonamientos de la mayoría y minoría, y acceso para todos los niveles de gobierno.

Dado que los derechos nacionales y provinciales a establecer estándares han sido calificados, los problemas de subsidios no han sido resueltos, y el lenguaje del tratado sobre compartir recursos es igual que el TLC Canadá-EE.UU., se perpetúan en el TLCAN importantes limitaciones al poder de protección ambiental.

9. ACUERDOS SUPLEMENTARIOS

El TLCAN fue negociado por la el administración estadounidense de Bush, pero el enfoque del Clinton fue asegurar la aprobación del Tratado mediante "acuerdos suplementarios" sobre temas ambientales y laborales. Dado que el proceso de negociación de estos acuerdos suplementarios no se ha completado, no es posible evaluar sus impactos posibles.

Sin embargo, dado que los tres países han acordado que los términos del TLCAN no serán enmendados, las implicancias ambientales identificadas en este ensayo continuarán surgiendo del tratado.

Tanto en EE.UU. como en Canadá, los grupos ambientales han contribuido con observaciones al proceso de negociación de los acuerdos suplementarios. La ambientalista canadiense Janine Ferretti ha promocionado una Comisión Norteamericana del Medio Ambiente con poderes para examinar el cumplimiento ambiental de los tres países, investigar quejas de ciudadanos, asegurar la aplicación de las leyes ambientales internas y de acuerdos internacionales, seguir problemas emergentes, y facilitar la transferencia de tecnología y acceso a subsidios para la protección ambiental. Ha propuesto también que la Comisión tenga funciones relacionadas con las disposiciones ambientales del TLCAN, y que participe en el proceso del panel de controversias del Tratado.³⁰

Otros ambientalistas canadienses han manifestado objeciones a la presunción de que la Comisión propuesta podría "arreglar" los problemas ambientales que surjan del TLCAN. En una carta a Michael Wilson, ex Ministro de Comercio Internacional, ochenta grupos ambientalistas canadiense expresaron su oposición al TLCAN y, con respecto al la Comisión Norteamericana del Medio Ambiente (NACE), dijeron:

Según nuestro punto de vista, la negociación de acuerdos suplementarios, y el establecimiento de NACE, representan una cortina de humo, con la intención de oscurecer el hecho de que las metas de las políticas comerciales del TLCAN son fundamentalmente incompatibles con los objetivos ambientales. Más aún, muchas de las disposiciones del TLCAN mismo son irreconciliables con la protección ambiental y la conservación de recursos, y deben ser fundamentalmente cambiadas. Sobre el punto clave de una renegociación, sin embargo, Canadá, México y los Estados Unidos están decididos a no reabrir el TLCAN.

La creación de una nueva burocracia ambiental para supervisar (o comentar sobre) las consecuencias ambientales desastrosas del TLCAN tal como está escrito, no es de ninguna utilidad. Dado el texto del TLCAN, no es posible que una Comisión corrija los problemas ecológicos fundamentales que presenta.³¹

³⁰ "Elements of an Effective North American Commission on the Environment (NACE), Janine Ferretti, March 4, 1993.

³¹ Carta del 5 de mayo de 1993 a Michael Wilson, entonces Ministro de comercio Internacional de Canadá, firmada por 80 grupos ambientalistas canadienses.

Las propuestas actuales de los tres países sobre acuerdos suplementarios contienen pocos de los elementos propuestos por los ambientalistas, y las posiciones de los tres países son ampliamente divergentes.³² El debate público en los Estados Unidos ha estado dominado por discusiones sobre si habrá sanciones comerciales disponibles, a través del acuerdo ambiental suplementario, en apoyo de la aplicación ambiental, un enfoque no favorecido por Canadá y México.

10. CONCLUSION

- * El TLCAN perpetúa los problemas ambientales del Tratado de Libre Comercio Canadá-EE.UU., y crea nuevos problemas.
- * Aunque otorga protección parcial a acciones comerciales tomadas siguiendo tres acuerdos ambientales internacionales, dicha protección es limitada.
- * El tratado no impide que los países bajen los estándares ambientales o su aplicación para atraer inversiones.
- * El TLCAN mantiene los problemas relacionados con estrategias para la conservación de recursos, problemas éstos que surgen de los requisitos de Trato Nacional, la "cláusula de proporcionalidad" y las decisiones de paneles de controversias bajo el GATT y el TLC Canadá-EE.UU. Estas barreras a las políticas de conservación afectan todos los recursos canadienses incluyendo el agua.
- * El tratado establece un nuevo enfoque al establecimiento de estándares ambientales, distintos de la prácticas actuales canadiense y de Ontario. Muchos estándares serán establecidos por organismos internacionales que no tienen que responder a nadie y sin que existan en el TLCAN disposiciones de participación pública. Los derechos de gobiernos nacional y provinciales de establecer estándares más estrictos están calificados. El TLCAN codifica pruebas utilizadas por paneles comerciales previos, tal como el test de "necesidad", que ha llevado a la pérdida de estándares ambientales. Los requisitos de notificación y consulta para los gobiernos federal y de Ontario pueden tener implicancias considerables sobre los recursos.
- * Las disputas sobre subsidios entre Canadá y los Estados Unidos no se tratan ni se resuelven en el TLCAN.
- * Los procesos de controversias del TLCAN son secretos y no dan derecho de acceso a los gobiernos provinciales ni al público.

³² Para una completa visión de las propuestas de apertura de los EE.UU. y México para el Pacto Ambiental del TLCAN, ver Inside U.S. Trade: Special Report, May 21, 1993; para la propuesta canadiense ver Inside U.S. Trade: Special Report, May 24, 1993.

CONTACTOS EN CANADA:

Patricia Barrera
Common Frontiers
305-15 Gervais Dr.
Don Mills, Ontario
Canada
M3C 1Y8
Ph. (416) 443-9244
Fax (416) 441-4073
e-mail: comfront@web.apc.org

Michelle Swenarchuk o Ken Traynor
Canadian Environmental Law Association
401-517 College St.
Toronto, Ontario
Canada
K1P 5J6
Ph. (416) 960-2284
Fax (416) 960-9392
e-mail: cela@web.apc.org

Bruce Campbell
Canadian Centre for Policy Alternatives
804-251 Laurier ave. West
Ottawa, Ontario
Canada
K1P 5J6
Ph. (613) 563-1341
Fax (613) 233-1458
e-mail: browne@web.apc.org

Sheila Katz
Canadian Labour Congress-NAFTA desk
2841 Riverside Drive
Ottawa, Ontario
Canada
K1V 8X7
Ph. (613) 521-3400
Fax (613) 521-4655
e-mail: katzs@web.apc.org

OTROS DOCUMENTOS DISPONIBLES: (contactar COMMON FRONTIERS para obtenerlos)

1/ CAMPBELL, BRUCE. Por El Camino Equivocado: La Globalización, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el desarrollo sustentable. Centro Canadiense de Alternativas en Política.

2/ Action Canada Network. Conviviendo Con ALC - 6 años de repercusiones del comercio en Canada.

Gracias al apoyo Económico del FONDO HUMANITARIO DE LOS METALURGICOS (STEELWORKERS HUMANITY FUND)

Traducción de este documento: ANIBAL VITON
Photo: DAVID HARTMAN