

1era reunión sustantiva del Grupo de Trabajo creado por la resolución AG 72/722

Nairobi 14 al 18 de enero de 2019

República Argentina

Comentarios al Informe del Secretario General “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente”

Parte IV: Instrumentos relacionados con el ambiente

Sres. Co-Presidentes,

Con relación a las cuestiones comerciales en general y a la afirmación de que es necesario alcanzar un consenso sobre la implementación de la *cláusula de apoyo mutuo* de los tratados de ambiente y comercio, Argentina nota que en el Informe no se hace ninguna referencia concreta a algún caso en foro comercial que haya sido resuelto de una manera tal que se haya probado que el hecho haya provocado o no haya evitado un daño ambiental o a la salud humana o de las plantas o animales.

Asimismo, cabe mencionar que actualmente existen negociaciones en curso en otros foros sobre esta cuestión, en particular, en el Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria de la Organización Mundial del Comercio, conforme el mandato establecido en el párrafo 31 (i) de la Declaración Ministerial de Doha. Estas negociaciones buscan resguardar el equilibrio existente en el marco de la OMC entre, por un lado, el derecho de regulación ambiental, sanitaria y fitosanitaria de los Estados Miembros y, por otro lado, la necesidad de evitar abusos que establezcan restricciones encubiertas al comercio internacional bajo el pretexto de una adecuada protección ambiental, sanitaria y fitosanitaria.

En ese contexto, debería considerarse que la protección del medio ambiente es un objetivo contemplado en los Acuerdos de la OMC. En el Preámbulo de la Declaración de Doha se reconoce que las Partes deben tender a: *la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo*".

En adición, los Acuerdos de la OMC prevén que las medidas comerciales pueden ser empleadas con fines u objetivos ambientales o de conservación, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en el propio Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en particular con su Artículo XX (Excepciones generales).

Con relación a la “jurisprudencia” de la OMC, Argentina considera que el Informe del Secretario General omite importantes cuestiones que debería haber analizado, por lo que la afirmación de que la OMC es renuente a la aplicación de los principios ambientales resulta imprecisa, insuficientemente fundada y prejuiza sobre el adecuado balance que

debe existir entre la protección medioambiental y la protección de las concesiones comerciales multilaterales.

Para la Argentina el Órgano de Apelación de la OMC no ha sido "renuente" en "aplicar" principios de protección medioambiental. En efecto, la aseveración efectuada por el Secretario pareciera fundarse únicamente en un solo caso ante la OMC: "CE- Hormonas, WT/DS26", caso que es referenciado mediante la nota al pie n°191 de su Informe.

El Informe prescinde así de la abundante "jurisprudencia" de la OMC relativa a la relación comercio y protección medioambiental, soslayando aquellos casos donde las medidas de protección ambiental con implicancias comerciales quedaron justificadas al amparo de la normativa de la OMC (CE-Amianto WT/DS135 o EEUU-Atún (II)-Recurso al Párrafo 5 del Artículo 21, WT/DS381) o casos donde las medidas, de no haber contenido elementos discriminatorios, podrían haber quedado justificadas en el marco de mencionada normativa (EEUU-Camarones WT/DS58).

Sres. Co-presidentes,

Sobre asuntos de Inversión, Argentina resalta que en la actualidad los Estados incorporan, cada vez con más frecuencia, cláusulas referidas a la protección del medio ambiente en los tratados de inversión que negocian (así como en otros tratados que cuentan con capítulos de inversión).

En efecto, más de tres cuartos de los acuerdos de inversión concluidos entre 2008 y 2013, y prácticamente todos los concluidos en 2012 y 2013, contienen lenguaje sobre desarrollo sostenible/responsabilidad social empresarial.

Asimismo, según datos de la UNCTAD sobre acuerdos internacionales de inversión, o de libre comercio con un capítulo de inversión, celebrados entre 2016 y 2018, de los 40 tratados cuyo texto se encuentra disponible, el 90 por ciento cuenta con previsiones en materia ambiental.

Desde fines del siglo 20, Estados de distintas regiones comenzaron a negociar acuerdos más balanceados, que pueden denominarse de tercera generación, ya que presentan un equilibrio entre las obligaciones que asumen los Estados frente a los inversores y las inversiones extranjeras, y las obligaciones que deben cumplir los inversores como contrapartida. En este contexto, se incluyó explícitamente la protección del medio ambiente.

En los tratados bilaterales de inversión, o acuerdos de libre comercio que tienen capítulo de inversión, se observan distintos tipos de previsiones sobre medio ambiente. Por ejemplo, se deja a salvo el derecho a regular en materia ambiental; se considera inadecuado que los Estados contratantes flexibilicen sus regulaciones ambientales con el fin de atraer inversiones extranjeras; se establecen excepciones generales o específicas referidas al medio ambiente o reservas unilaterales, a través de anexos. Además, en el

preámbulo de algunos tratados se reconoce la necesidad de promover la inversión sobre la base de principios de desarrollo sostenible.

En lo que a controversias en materia de inversiones se refiere, en la Sección VI.C, cabe mencionar que con posterioridad al caso mencionado, los tribunales arbitrales de inversión han tenido oportunidad de resolver varias otras controversias en las que también se invocaron normas de protección ambiental. En algunos casos ha sido el inversor quien las invocó, mientras que en otros casos ha sido el Estado demandado (sea como parte argumento de defensa al contestar la demanda, como a través de la presentación de una demanda reconventional).

En dichos casos, la protección del medio ambiente se sustentó en la legislación interna aplicable, en otros se fundamentó en alguna cláusula especial del propio tratado de inversión o en el derecho internacional general. Frente a estas invocaciones los tribunales arbitrales han respondido de diversa manera. En algunos asuntos, el tribunal se apoyó en legislación ambiental para justificar la medida adoptada por el Estado como no violatoria del tratado aplicable (caso "Maffezini c. España") o para responsabilizar al inversor en virtud de un reclamo del Estado mediante reconvencción (caso "Burlington c. Ecuador"), incluso sin que hubiera una disposición convencional específica sobre medio ambiente, bastando para ello el artículo referido al cumplimiento de la legislación nacional (en general) en el contexto de la promoción de las inversiones o el artículo sobre el derecho aplicable a la controversia.

De todos modos, en cualquier circunstancia, Argentina considera que el Informe no debería haber realizado afirmaciones generales, en cuanto los resultados de una controversia están asociados a la prueba obrante en los expedientes (situación no analizada en particular en el Informe), en consecuencia, las generalizaciones contenidas en el Informe son simplemente improcedentes. Asimismo, la práctica ha demostrado que no existen lagunas en el derecho internacional.

Sres. Co-presidentes,

Atento que esta sección aborda otras cuestiones sustanciales sobre las que Argentina tiene más comentarios sustanciales y a fin de no extender más esta declaración, la Argentina suspende aquí su intervención y se reserva el derecho de realizar comentarios adicionales en una segunda oportunidad.

Sres Co-Presidentes,

En primer lugar, muchas gracias por conceder la palabra nuevamente para presentar comentarios sobre las secciones IV C y D del Informe.

Sobre los asuntos de propiedad intelectual tratados en la Parte IV.C se afirma que la posibilidad de reconocer derechos de propiedad intelectual en conformidad con el acuerdo ADPIC, se contrapone al derecho de participar en la distribución de beneficios derivados del uso de los recursos genéticos.

Argentina considera que esta afirmación muestra claramente la confusión entre el régimen de acceso y distribución de beneficios y el régimen de propiedad intelectual. Para Argentina, ambos regímenes son complementarios y no excluyentes, en cuanto a través del primero se determinan las condiciones de acceso al recurso genético y la eventual distribución de beneficios que pudiere derivar de la producción de un producto comercial.

Las condiciones de acceso, cuando se produce un acceso regular, se fijan en un acuerdo de transferencia de material (ATM) y una vez que se alcanza un nuevo producto, sea éste patentado o inscripto como una nueva variedad de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones (UPOV), no menoscaba las obligaciones asumidas en el ATM. Nada priva a un Estado, a un ente subnacional, a un agricultor, a un pueblo indígena o una comunidad local, a seguir utilizando sus recursos genéticos y nada los priva a participar de los beneficios derivados del uso de esos recursos genéticos propios, aun cuando a partir de ellos se obtuvo un nuevo producto sometido a algún tipo de régimen de propiedad intelectual.

Estas imprecisiones erosionan la credibilidad del Informe y cualquier posibilidad de indicar la existencia de una laguna del derecho.

Por otra parte, en línea con lo dicho en nuestra intervención inicial, Argentina cree firmemente que este proceso no debe prejuzgar el resultado de negociaciones en curso como la que tiene lugar en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), particularmente en el marco del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG).

Sres. Co-presidentes,

Sobre las cuestiones vinculadas a Derechos Humanos, Argentina considera el reconocimiento de la naturaleza de “principio” a los conceptos enunciados en la nómina del párrafo 75 del Informe, sin prueba empírica es poco prudente. Argentina estima que el proceso de formación de las fuentes de derecho internacional se conforma de etapas más complejas que requieren la prueba de otros elementos, como la práctica o la *opinio iuris*, no aportada en el Informe. No obstante, para este asunto particular y la Opinión Consultiva OC-23/18 de la Corte Interamericana, la Argentina desea expresar que varios países mantienen divergencias relacionadas al contenido de la Opinión Consultiva, al punto que los Estados de la Organización de los Estados Americanos han optado por no mencionarla en la propia Resolución de la OEA sobre Derechos Humanos.

Para concluir, Sres. co-presidentes, este repaso sobre algunos aspectos del Informe demuestra que no existen lagunas en el derecho internacional, ni tampoco inconsistencias o falta de coherencia sistémica.