

El cambio climático en el derecho internacional y comunitario

Edición a cargo de:

ANTONIO RAMIRO BROTONS

Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid

ROSA M.^a FERNÁNDEZ EGEA

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid

Separata del capítulo 7

La incidencia de la normativa sobre comercio de mercancías de la OMC en el derecho internacional del medio ambiente: el Protocolo de Kioto

ROSA M.^a FERNÁNDEZ EGEA

Primera edición, 2009
ISBN: 978-84-96515-85-7

© Los autores, 2009
© Fundación BBVA, 2009

7. La incidencia de la normativa sobre comercio de mercancías de la OMC en el derecho internacional del medio ambiente: el Protocolo de Kioto

Rosa M.ª Fernández Egea
Universidad Autónoma de Madrid

7.1. Introducción

Los compromisos internacionales adquiridos por los Estados en la lucha contra el cambio climático no sólo tienen repercusiones en la protección del medio ambiente, sino en muchos ámbitos económicos, industriales y sociales. La reducción de la emisión de los gases de efecto invernadero (GEI) supone un cambio del sistema económico que ha imperado hasta la actualidad, requiriéndose modificaciones en las pautas de producción, transporte y consumo. Los países deberán adoptar medidas nacionales que afectarán directamente a sus empresas y a la situación competitiva de las mismas. Muchas de estas medidas conllevarán, a su vez, restricciones al comercio que afecten a los productos de terceros países más tolerantes con la emisión de gases.

El objeto de este artículo es comprobar cuál es la relevancia de las políticas internacionales sobre la protección del medio ambiente en el ámbito del comercio internacional y si las reglas del sistema comercial internacional pueden tener alguna incidencia en la lucha internacional contra el cambio climático. Con este propósito, en el primer epígrafe me referiré a la relación conflictiva entre el comercio y el medio ambiente. En un segundo epígrafe repasaré brevemente las reglas y principios fundamentales del sistema multilateral de comercio instaurado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) y comprobaré la relevancia otorgada al medio ambiente en la solución de controversias comercio-medio ambiente. El tercer epígrafe se dedica al estudio de la incardinación de los acuerdos multilaterales para la protección del medio ambiente (AMUMA) —como

es el Protocolo de Kioto— en la solución de las controversias comerciales. Para concluir, formularé algunas reflexiones finales.

7.2. La tensión entre las políticas comerciales y las ambientales

El Protocolo de Kioto, como otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA), puede incidir sobre el comercio internacional con el objeto de proteger el medio ambiente. En algunos casos, los AMUMA establecen medidas comerciales concretas que deben ser observadas por los Estados partes. Así ocurre, por ejemplo, con el Convenio de Washington sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973 (CITES),¹ que regula el comercio internacional de las especies en peligro de extinción o el Protocolo de Montreal sobre la protección de la capa de ozono.² Estos acuerdos conciben las restricciones al comercio como algo necesario por motivos ambientales: en el primer caso, para proteger a los animales y las plantas en peligro de extinción y, en el segundo caso, para evitar el uso de sustancias que ocasionen el deterioro de la capa de ozono. Otros ejemplos notables son la Convención de Basilea sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos de 1989³ o el Protocolo de Cartagena sobre la Diversidad Biológica.⁴

¹ El CITES prohíbe el comercio de especies salvajes vegetales y animales en peligro de extinción —anexo I— e introduce restricciones sobre la importación y exportación de aquellas especies que podrían encontrarse en situación de peligro de no llevarse a cabo un control estricto de su comercio internacional —anexos II y III.

² El Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987 recoge el compromiso de los Estados partes de reducir de forma escalonada, de cara a su futura eliminación, la producción, el comercio y el consumo de determinadas sustancias perjudiciales para el ozono, en especial de los clorofluorocarbonos (CFC), así como de los productos que los contienen o para cuya elaboración se necesitan.

³ La Convención de Basilea, en vigor desde el 5 de mayo de 1992, regula dicho movimiento y controla que su eliminación se realice protegiendo el medio ambiente.

⁴ El Protocolo de Cartagena, negociado bajo los auspicios del Convenio sobre Diversidad Biológica y en vigor desde 2004, tiene por objeto regular el movimiento transfronterizo, el tránsito y uso de todos los organismos vivos modificados que puedan tener efectos nocivos sobre la conservación de la biodiversidad y de la salud humana.

Otros AMUMA no contemplan restricciones al comercio concretas, sino que se limitan a fijar un objetivo ambiental, otorgando plena libertad a los Estados para cumplirlo. Éste es el caso del Protocolo de Kioto, que tampoco contempla las restricciones comerciales como una sanción a los países partes incumplidores —sí prevé, en cambio, un límite en el uso de los mecanismos flexibles⁵—. No obstante, no puede descartarse que los Estados partes en el Protocolo puedan introducir barreras al comercio para reforzar el objetivo de reducción de emisiones de GEI recogido en el Protocolo de Kioto y en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMCC). Los obstáculos afectarán especialmente a los productos de aquellos países que no son partes del Protocolo o que no cumplen sus prescripciones. Este último supuesto podría ser el caso de un Estado parte en el Protocolo pero sin obligaciones concretas de reducción. Las restricciones comerciales pueden materializarse en embargos a la importación de los productos que impliquen una emisión grande de GEI —bien en su uso o en su producción— o en la exigencia de una tasa o impuesto para ser comercializados en el mercado interno de un país parte en el Protocolo.⁶

La utilización del comercio por motivos ambientales no es algo nuevo, aunque esta tendencia ha ido en aumento a medida que existe certeza sobre las implicaciones del comercio internacional en el deterioro ambiental (Bermejo 1996; Bosselmann 1992; Correa 2000; Gordillo Ferré 2003, y Riechmann 2001). Otras veces, se utiliza el comercio para contrarrestar los efectos perjudiciales de su regulación sobre el medio ambiente. Así, los ecologistas denuncian que las políticas liberalizadoras pueden producir una «carrera hacia el fondo» (*race to the bottom*) en los niveles de protección ambiental (Bagwell et al. 2002, 61, sigs.; Esty 2001, 222)⁷ y la aparición de «paraí-

⁵ Véanse el apartado 1(c) del art. 6 del Protocolo de Kioto y sección XV.5 del anexo a la Decisión 27/CMP.7 de 9 y 10 de diciembre de 2005 (Doc. FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3).

⁶ Sobre la relación conflictiva entre el comercio y los instrumentos internacionales para la lucha contra el cambio climático, véanse, entre otros, Brack et al. 1999; Voon 2000; Galeotti, y Kempfert 2004, y el número monográfico de la *Carbon & Climate Law Review* 1 (2008).

⁷ Otros autores matizan este efecto, como, p. ej., Vogel, quien considera que los altos niveles de protección del medio ambiente pueden constituir a largo plazo una «ventaja comparativa» que sirva de incentivo para las empresas (2000, 266 y sigs.).

«... de contaminación» (*pollution havens*) que atraen a las empresas situadas en países con legislaciones ambientales estrictas (Esty y Gerardin 1998, 10-15).⁸ En cualquier caso, aunque el comercio internacional es una causa principal del deterioro ambiental, también puede convertirse en un instrumento de ayuda a la protección del medio ambiente, siempre y cuando sus reglas no supongan un obstáculo a la implementación del derecho internacional sobre medio ambiente.

Ahora bien, no podemos perder de vista que las medidas ambientales pueden constituir obstáculos al comercio internacional contrarios a las reglas del sistema multilateral de comercio instaurado por la OMC cuando, en aras de la salvaguarda del medio ambiente, introducen restricciones a la importación o exportación de determinados productos. Generalmente se tratará de medidas domésticas que imponen a las mercancías importadas el cumplimiento de determinados estándares —por ejemplo, en cuanto a sus ingredientes, sus características o sus métodos de producción— para poder ser comercializadas. Muchas veces tales reglamentaciones se adoptan en aplicación de un AMUMA, lo que produce una confrontación directa entre las obligaciones internacionales sobre comercio y sobre la protección del medio ambiente, debiendo determinar cómo ha de resolverse dicho conflicto. A esta cuestión me referiré más adelante.

7.3. El sistema multilateral de comercio y el medio ambiente

El comercio internacional y la protección del medio ambiente se encuentran más interrelacionados de lo que a primera vista parece.⁹ Por un lado, la actividad comercial puede ser causa de degradación ambiental, así como sus políticas. Por otro lado, la normativa am-

⁸ Otros autores consideran, no obstante, que la deslocalización empresarial no tiene como motivo principal los elevados costes ambientales (v., p. ej., Vossenaar, y Jha 1996, 152).

⁹ Como se constata en la extensa bibliografía que ha surgido en relación con esta materia; véanse, entre otros, Cameron, Demaret, y Gerardin (1994); Fijalkowski, y Cameron (1998); San Martín Sánchez de Muniain (2000); Trüeb (2001); Van Calster (2000); Juste Ruiz (2003); Wiers (2002); Maljean-Dubois (2003), y Fernández Gea (2008).

biental, como hemos comprobado, puede constituir barreras al comercio que pondrían en entredicho la normativa comercial. Con objeto de disipar esta difícil relación, comprobaremos qué tipo de comercio impulsa la OMC y si se tuvo en cuenta el medio ambiente en la configuración del sistema multilateral de comercio. Igualmente se examinarán las reglas sobre libre circulación de mercancías que pueden entorpecer la implementación de medidas adoptadas para la lucha contra el cambio climático.

7.3.1. El comercio impulsado por la OMC

La naturaleza tuitiva y prohibitiva de la normativa ambiental internacional se confronta con los postulados del modelo clásico del *laissez faire*, modelo que aboga por un comercio sin barreras y sin intervención estatal donde los agentes comerciales se rigen únicamente por las reglas del mercado. Sin embargo, es muy cuestionable que esta aproximación, propia del librecambismo del siglo XIX e íntimamente conectada con la teoría de las ventajas comparativas en el comercio internacional, fuera la que inspiró al sistema multilateral del comercio en sus orígenes (Blanco Jiménez 1999, 27 y Howse 2002, 98).

De hecho, existe una variedad de opiniones doctrinales sobre cuál debe ser el papel de la organización,¹⁰ lo que lleva a considerar que no existe una sola visión del sistema multilateral de comercio.¹¹ Y es que difícilmente podría defenderse que el sistema multilateral de comercio debe perseguir un único fin pues, mientras que algunos acuerdos de la OMC propugnan la eliminación de los obstáculos al comercio —Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles/General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), Acuerdo General sobre Comercio y Servicios/Agreement on Trade and Services (GATS), Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) o el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)—, otros admiten y promueven la utilización de medidas comerciales —los derechos compensatorios en el Acuerdo sobre Subvenciones y Me-

¹⁰ Véanse a este respecto las interesantes aportaciones en el número monográfico de la *American Journal of International Law. Symposium: The Boundaries of the WTO* 96 (2002).

¹¹ De hecho, Driesen se refiere a tres tipos de conceptos de libre comercio que infiere de la práctica internacional: a) libre comercio de *laissez-faire*, b) libre comercio de «no coerción» o «no imposición» y c) libre comercio de «no discriminación» (2001, 309 y sigs.).

didadas compensatorias, las medidas de salvaguarda en el Acuerdo sobre Salvaguardas o la protección de las patentes por el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio/Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)— que, en principio, son contrarias a la idea del libre comercio por cuanto introducen obstáculos a la importación y exportación de mercancías.

En cierta forma, las medidas comerciales se encuentran inmersas en una relación conflictiva entre el objetivo de liberalizar el comercio y la salvaguarda de la soberanía nacional. Una fórmula que equilibra estas dos perspectivas es considerar que el comercio propugnado por la OMC es un comercio no discriminatorio ni proteccionista (Driesen 2001, 341).¹²

Efectivamente, el principio de «no discriminación» en las relaciones comerciales es el pilar fundamental del sistema y está presente tanto en los principales acuerdos comerciales —GATT, GATS y TRIPS— como en la mayoría de los acuerdos comerciales del anexo 1 A al Acuerdo sobre la OMC.¹³ En el GATT se recoge en los artículos I y III, que enuncian las reglas de nación más favorecida y trato nacional, respectivamente. A estas reglas me referiré más adelante.

Así pues, puede afirmarse que la filosofía que subyace en la OMC es la instauración de un modelo de comercio que promueve la eliminación de barreras discriminatorias y proteccionistas al mismo (Bogdandy 2001, 430). Las medidas ambientales que introduzcan barreras al comercio de carácter discriminatorio o proteccionista vulnerarán las reglas más esenciales de la libre circulación de mercancías. La cuestión que aquí nos compete reside en comprobar si un trato distinto de las mercancías por razones ambientales

¹² La propia Secretaría de la OMC señala que uno de los 10 malentendidos que existen sobre la OMC resulta ser que esta organización «aboga por el libre comercio». Es más, si bien impulsa una liberalización del comercio, no lo hace «a toda costa», pues «[i]gual de importantes —o quizá de una importancia incluso mayor— que un comercio más libre son otros principios del sistema de la OMC como la *no discriminación* y la preocupación por asegurar que las condiciones en que se llevan a cabo los *intercambios comerciales sean estables, previsibles y transparentes*» (énfasis añadido). Así se expone en la página web de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/10mis_s/10m02_s.htm.

¹³ La regla de nación más favorecida se encuentra en los arts. I del GATT y 4 del GATS y el trato nacional en los arts. III del GATT, 17 del GATS y 3 del TRIPS, si bien las reglas se abordan de manera diferente.

puede considerarse como discriminatorias y proteccionistas en el marco de la OMC. Para dar respuesta a esta cuestión debemos comprobar si el medio ambiente goza de suficiente relevancia en el marco del sistema multilateral de comercio.

7.3.2. La ceguera ambiental de los acuerdos comerciales de la OMC

El medio ambiente apenas tuvo relevancia en la configuración del sistema multilateral de comercio, de ahí que el GATT de 1947 no contemple la palabra «medio ambiente» en su articulado.¹⁴ Su ausencia no debe extrañarnos puesto que las preocupaciones por aquel entonces eran otras y las medidas comerciales para la salvaguarda del medio ambiente se consideraban ejemplos claros de discriminación entre los Estados e intentos de proteccionismo contrarios a las reglas sobre libre circulación de mercancías. Esta visión perduró en las décadas siguientes, siendo especiales exponentes los asuntos del atún.¹⁵

Casi cincuenta años después, el sistema comercial de comercio internacional sigue adoleciendo de cierta «ceguera ambiental». La mayor concienciación ambiental a nivel internacional no se plasmó suficientemente en la Ronda Uruguay que culminó con la creación de la OMC. No se colmaron las expectativas de los ecologistas que reclamaban la negociación de un Acuerdo multilateral sobre Comercio y Medio Ambiente, tal y como se hizo con otros ámbitos como los aspectos de la propiedad intelectual en relación con el comercio.

Sin embargo, es cierto que tras la creación de la OMC sí se pudo introducir una cierta preocupación ambiental. Así, en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC se establece que uno de los objetivos primordiales de esta organización es:

¹⁴ Lo mismo ocurrió con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957.

¹⁵ En estos asuntos se cuestionaba una medida estadounidense que imponía un embargo sobre los contingentes de atún capturados con redes de arrastre que matan delfines de forma accidental. Véanse los informes de los Grupos Especiales en los ass. *EE. UU.-Restricciones a la importación de atún*, no adoptado y distribuido el 3 de septiembre de 1991 (39S/183) —as. *EE. UU.-Atún I*— y *EE. UU.-Restricciones a la importación de atún*, no adoptado y distribuido el 16 de junio de 1994 (DS29/R) —as. *EE. UU.-Atún II*.

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, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico.

Aunque el preámbulo no tenga carácter normativo, su importancia interpretativa es enorme, como ya se ha experimentado a la hora de interpretar las reglas de los acuerdos comerciales de la OMC.¹⁶

Por otro lado, también, la palabra *medio ambiente* viene contemplada en algunos de los acuerdos comerciales,¹⁷ aunque ciertamente no con la intención de proteger el medio ambiente, sino de que su salvaguarda no sea un obstáculo para las reglas comerciales (Ziegler 1998, 203).

Uno de los pasos más aparentes es la creación del Comité sobre Comercio y Medio Ambiente,¹⁸ foro de reflexión y discusión de las cuestiones relativas a la interacción entre comercio y medio ambiente abierto a todos los miembros de la OMC. El Comité, no obstante, no cuenta con potestad normativa, sino que sólo puede emitir recomendaciones. Hasta la fecha, la labor del Comité ha servido únicamente para evidenciar la falta de consenso entre los Estados miembros de la OMC en relación con las posibles soluciones a

¹⁶ Según el Órgano de Apelación en el as. *EE. UU.-Camarones*, la mención al desarrollo sostenible y a la protección del medio ambiente en el preámbulo aporta «color, consistencia y matiz» al articulado de todos los acuerdos comerciales multilaterales y también al GATT (v. informe de 12 de octubre de 1998, as. *EE. UU.-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* [WT/DS58/AB/R], § 153). El Grupo Especial en el as. *Brasil-Neumáticos recauchutados* también advierte sobre la importancia del preámbulo del Acuerdo OMC para atestiguar que los Estados miembros eran conscientes de la importancia y la legitimidad de la protección del medio ambiente (v. informe de 12 de junio de 2007, as. *Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados* [WT/DS332/R], § 7.112, citando el § 129 del Órgano de Apelación en el as. *EE. UU.-Camarones*).

¹⁷ Véase el GATS, el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF, el Acuerdo sobre Agricultura, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el TRIPS.

¹⁸ Se ha previsto en la Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente adoptada por los ministros en la reunión del Comité de Negociaciones Comerciales celebrada el 14 de abril de 1994 en Marrakech. Se encuentra disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/issu5_s.htm.

los conflictos comercio-medio ambiente (Van Calster 1996, 44-51). En este sentido, poco se ha avanzado en la Ronda Doha.

En definitiva, lo que verdaderamente ha supuesto un incipiente cambio en la sensibilidad ha sido la actuación del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), y en particular el Órgano de Apelación, que ha brindado coherencia a la *jurisprudencia* GATT/OMC (Marceau 1999). Así se ha experimentado en la solución de los conflictos comercio-medio ambiente, como veremos a continuación.

7.3.3. Las reglas sobre el comercio de mercancías que pueden entrar en conflicto con las reglas internacionales protectoras del medio ambiente

Muchas de las normativas ambientales que restringen el comercio para la salvaguarda del medio ambiente son contrarias a algunas de las disposiciones sobre libre circulación de mercancías recogidas en el GATT.

En primer lugar, la cláusula de nación más favorecida recogida en el artículo I del GATT exige que, cuando un Estado miembro ofrezca una ventaja comercial a uno o varios Estados partes del GATT, habrá de extender de forma automática tal ventaja a todos los demás miembros. Esta regla garantiza que los productos similares de los Estados miembros sean tratados de forma igual y no condicionada. La prohibición de discriminación se extiende tanto a los derechos de aduanas y demás cargas, como a las reglas de la importación y exportación y a las regulaciones internas sobre la distribución, venta y uso de los productos.¹⁹ El principio de no discriminación que se consagra en el GATT puede verse confrontado por la aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas presente en el Protocolo de Kioto y que exige de algunos Estados mayores obligaciones que de otros.

Ahora bien, las disposiciones que han tenido mayor relevancia en las diferencias comerciales relativas al medio ambiente y a la salud en el marco de la OMC han sido los artículos XI y III del GATT.

¹⁹ El art. I constituye la base del multilateralismo en el GATT ya que evita que se creen regímenes comerciales bilaterales. Aun así la regla que en él se contiene no tiene alcance absoluto; sus excepciones más importantes se refieren a los regímenes regionales —tipo CE o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)— y al sistema de preferencias generalizadas a favor de los países en desarrollo.

El artículo XI del GATT prohíbe todo tipo de restricciones cuantitativas a la importación y exportación de los productos de los Estados miembros. Debido al carácter absoluto de la prohibición, la vulneración de este precepto se puede constatar de forma automática en cuanto exista un obstáculo al comercio.²⁰ Así, se podría cuestionar su vulneración si un país parte del Protocolo de Kioto decide restringir la entrada de productos procedentes de países que no realicen ningún esfuerzo para luchar contra el cambio climático. De poco sirve alegar que la medida se adopta por motivos ambientales puesto que estas consideraciones apenas tienen relevancia, salvo si pudieran considerarse en alguna de las excepciones específicas de dicho artículo que se consagran en su apartado segundo.

El artículo III del GATT, por su parte, prohíbe que exista discriminación y proteccionismo en las cargas fiscales y reglamentaciones interiores de los Estados miembros. La regla de trato nacional se traduce en tres tipos de reglas, dos de carácter fiscal —recogidas en la primera y segunda frase del apartado 2— y una tercera reglamentaria —prevista en el apartado 4—. Así, por un lado, el artículo III.2 prohíbe el establecimiento de un impuesto sobre los productos importados superior al que soporten los productos nacionales similares, a la vez que requiere que no se establezca una carga impositiva sobre los productos importados que los sitúe en una posición competitiva desventajosa respecto de los productos competidores nacionales. Estas reglas se verían comprometidas, por ejemplo, en los supuestos en que un Estado exija el pago de una ecotasa por la importación de un producto que implica una gran emisión de GEI (Goh 2004; Sindico 2006, y Wiers 2008).

Por otro lado, el artículo III.4 requiere que las reglamentaciones interiores no ofrezcan un trato menos favorable para los productos importados «similares». Así, por ejemplo, una reglamentación nacional que estableciera ventajas comerciales sobre productos elaborados con energías renovables podría vulnerar esta disposición. Esto se explica porque las consideraciones ambientales no se han admi-

²⁰ De hecho, los grupos especiales, por regla general, no se esfuerzan mucho en comprobar si se vulnera este precepto. Véase, a modo de ejemplo, el informe del Grupo Especial en el as. *EE. UU.-Prohibición a las importaciones del Atún y productos derivados del atún procedentes del Canadá*, adoptado el 22 de febrero de 1982 (29S/97) —as. *EE. UU.-Atún de Canadá*—, § 4.4.

tido en la *jurisprudencia* GATT/OMC como un criterio relevante para deshacer la similitud de los productos,²¹ sino que ésta se decide acorde a ciertos criterios comerciales, a saber, las propiedades físicas, los gustos de los consumidores, sus usos finales y su posición arancelaria.²²

Por lo tanto, a los ojos de la OMC dos mercancías con un impacto diferente sobre el calentamiento global se consideran «similares» y un trato comercial distinto puede verse como un intento de discriminar y proteger la producción nacional. Aunque no todo tratamiento diferente tiene que ser necesariamente discriminatorio,²³ se presume que es así cuando los productos nacionales obtienen ventajas comerciales en perjuicio de los importados. Sin embargo, esta postura pasa por alto que, si los productos nacionales son los principales beneficiados de la reglamentación controvertida, bien puede deberse a que éstos, a diferencia de los productos importados, ya se han adaptado a los estándares ambientales imperantes en el país en cuestión, y no a una intención de desfavorecer la importación de productos de otros Estados. La presunción de discriminación y proteccionismo debería despejarse si, como sucede con la problemática del cambio climático, existe un acuerdo multilateral que sirva de cobertura de la medida nacional controvertida.

La normativa sobre la lucha contra el cambio climático cuenta con dificultades añadidas y es que hace especial hincapié en cómo se elaboran las mercancías; en definitiva, en los procesos y métodos de producción/Process and Productions Methods (PPM). Tradicionalmente en la *jurisprudencia* GATT/OMC se han considera-

²¹ El Órgano de Apelación en el as. *CE-Amianto* determinó que, al ser el GATT un acuerdo eminentemente comercial, los criterios que deben considerarse en la definición de la «similitud» del art. III.4 son aquellos que se refieran a las condiciones de los productos en el mercado y otro tipo de consideraciones de carácter no comercial sólo podrán tenerse en cuenta en la medida en que influyan sobre la consideración de los citados criterios comerciales (v. informe de 12 de marzo de 2001, as. *CE-Medidas que afectan al Amianto y los productos que contiene amianto* [WT/DS135/AB/R], § 113).

²² Estos criterios fueron establecidos por los grupos especiales en los ass. *Ajustes fiscales en frontera*, adoptado el 2 de diciembre de 1970 (18S/106) y *Japón-Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importadas*, adoptado el 10 de noviembre de 1987 (34S/83).

²³ Así lo estableció el Órgano de Apelación en el as. *Corea-Carne vacuna* (v. informe de 11 de diciembre de 2001, as. *Corea-Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* [WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R], 48).

do las medidas relativas a los PPM como medidas discriminatorias y proteccionistas, afirmándose una vulneración casi automática del GATT.²⁴ La distinción de los productos por sus PPM dañinos para el medio ambiente es fundamental para una aplicación eficaz de la normativa ambiental; sin embargo, lo cierto es que, a la hora de determinar la similitud de los productos, lo determinante es el producto final.²⁵ Esto ha de cambiar y la existencia de instrumentos internacionales que hagan hincapié en la importancia de los PPM de los productos —como es el caso del Protocolo de Kioto— puede servir de revulsivo importante en esta dirección.

7.4. La solución de los conflictos OMC-AMUMA

En el anterior epígrafe hemos comprobado que la tensión entre la protección del medio ambiente y la normativa comercial internacional se hace especialmente patente en la relación conflictiva entre los AMUMA y la normativa OMC. De esta forma, es necesario determinar cómo puede resolverse un supuesto en que las reglas de un AMUMA y de un acuerdo comercial sean incompatibles. Con este fin comprobaremos si la solución puede encontrarse en las reglas de derecho internacional general o en el marco del propio sistema de comercio internacional.

7.4.1. Las reglas internacionales sobre concurrencia de tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) establece en su artículo 30 una serie de reglas que asisten en la tarea de solucionar los posibles conflictos entre las disposiciones de distintos tratados. No obstante, como comprobaremos, las soluciones aportadas por las reglas consuetudinarias internacionales no parecen satisfactorias y comportan muchas dificultades prácticas a la hora de aplicarlas en los casos concretos (Hilf 2000, 47).

²⁴ Véanse, p. ej., los informes de los grupos especiales en los ass. *EE. UU.-Atún I* (§§ 5.12 y 5.15) y *EE. UU.-Atún II* (§§ 5.8 y 5.9).

²⁵ Sólo cabría confiar en que los consumidores distingan los productos por los impactos de sus PPM. Así lo entiende también Goh (2004, 408).

En virtud del apartado 2 del artículo 30 de la CVDT deberá atenderse a las posibles cláusulas de subordinación o de compatibilidad contenidas en los tratados. La OMC no incluye precepto alguno sobre la prevalencia de sus reglas frente a otros acuerdos, y tampoco suele ser el caso de los AMUMA.²⁶ En definitiva, el artículo 30.2 de la CVDT no suele ser de ayuda para resolver el conflicto entre un AMUMA y los Acuerdos OMC.

Los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la CVDT plasman la máxima *lex posterior derogat priori*, en virtud de la cual, cuando varios Estados se hayan obligado por dos tratados, prevalecerá aquel que éstos hayan adoptado en segundo lugar. Esta regla, sin embargo, es poco útil tratándose de acuerdos multilaterales, como son los AMUMA y la OMC, en los que es muy difícil que coincidan sus partes, no pudiendo invocar las disposiciones de un AMUMA frente a países miembros de la OMC que no lo hayan ratificado, como es el caso de EE. UU., respecto del Protocolo de Kioto. Incluso, en el supuesto hipotético de que los Estados miembros de la OMC sean también partes en el AMUMA correspondiente, tampoco resulta evidente cuál es la solución aplicable dada la dificultad para establecer la fecha relevante que indique la preferencia en el tiempo de tratados multilaterales abiertos a la firma y en continua revisión (Pauwelyn 2002). La regla *lex posterior* también presenta problemas de aplicación si tenemos en cuenta que estos tratados no pueden considerarse sucesivos *ratione materiae*, que es una condición previa para su aplicación (Lennard 1996, 308; Tarasofsky 1996, 63). Por lo tanto, los Estados miembros de la OMC y partes en los AMUMA se encuentran vinculados por las disposiciones de dichos acuerdos independientemente de su fecha de adopción (Pauwelyn 2001, 546, y Marceau 2001, 1092).

Finalmente, el derecho internacional también ofrece otra regla útil para establecer la preferencia de un tratado respecto de otro,

²⁶ Aunque algunos AMUMA prevén cláusulas que aseguran que no se afectarán los derechos y deberes comprometidos por los Estados a nivel internacional, como los contenidos en el Acuerdo sobre la OMC —v., p. ej., el art. XIV.3 de la CITES—, también suelen incluir otras que advierten que se respetarán los derechos y obligaciones incluidos en otros acuerdos siempre y cuando no se perjudique el objetivo del AMUMA —v., entre otros, el preámbulo del Protocolo de Cartagena y el art. 22.1 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

la regla de la especialidad o *lex specialis*, según la cual las disposiciones más generales ceden ante las de carácter específico. Frente a la postura que defiende que las reglas de los AMUMA son *lex specialis* respecto de las reglas comerciales (Bartels 2001, 500; Cardona Llorens 2001, 92, y Pauwelyn 2002, 14 y sigs.), lo cierto es que no existen parámetros claros para dilucidar la especificidad de las disposiciones ambientales o de las comerciales (Hilf 2000, 46-47; Trüeb 2001, 223, y Van Calster 2000, 137-138).

En definitiva, el derecho internacional no aporta una solución para resolver un conflicto entre las reglas comerciales de la OMC y aquéllas contenidas en los AMUMA. Aunque no se ha dado ninguna diferencia entre un AMUMA y la OMC, esta posibilidad no es descabellada pues una medida nacional puede introducir restricciones al comercio de bienes que, por ejemplo, provengan de industrias o países que no cumplen con los objetivos establecidos en el Protocolo de Kioto. En este sentido, la OMC presenta un sistema de solución de diferencias de naturaleza cuasi jurisdiccional, rápido y eficaz, por lo que muchas de las tensiones comercio-medio ambiente se dirimirán en el marco del sistema multilateral de comercio.

7.4.2. La solución de las controversias comercio-medio ambiente: el artículo xx del GATT

Hasta el momento, la mayor parte de los conflictos comercio-medio ambiente se han resuelto en el marco del artículo xx del GATT. Este precepto contiene un catálogo de excepciones que permiten justificar las medidas que vulneran otras disposiciones del GATT cuando pretendan alcanzar los objetivos en él contemplados.

A pesar de que el medio ambiente no ha gozado de importancia en el sistema multilateral de comercio sino hasta fechas muy recientes, el artículo xx prevé dos excepciones que permiten que los Estados miembros puedan ejercer su capacidad reguladora para conservar recursos naturales agotables —apartado (g)— y para adoptar medidas necesarias para la protección de la vida y la salud de las personas, animales y plantas —apartado (b).

Una medida ambiental podrá excepcionarse bajo el artículo xx si pasa un examen de dos pasos consecutivos. Este doble test implica que primero deben comprobarse los requisitos contenidos en los

distintos apartados, es decir, si la medida es *relativa a* la conservación de los recursos naturales agotables —apartado (g)²⁷— o *necesarias* para la salvaguarda de la salud y la vida de personas, animales y plantas —apartado (b)—. Se trata, por tanto, de determinar si las medidas son adecuadas para la consecución de tales fines.²⁸

El segundo paso del test consiste en la comprobación de los requisitos del preámbulo del artículo xx, instancia en la que se deberán ponderar los intereses que se enfrentan en el caso concreto y que implica en la práctica que la medida controvertida sea la menos restrictiva que estaba razonablemente al alcance del Estado.²⁹ El carácter unilateral y extrajurisdiccional de la medida, así como la existencia de normas internacionales que pudieran legitimarla, serán factores relevantes para determinar si la medida constituye una discriminación arbitraria e injustificable o una restricción al comercio.

En la *jurisprudencia* GATT/OMC tradicionalmente se ha sido muy restrictivo a la hora de autorizar medidas que obstaculizan el comercio por motivos ambientales, empleándose una aproximación mercantilista en la interpretación de los presupuestos de las excepciones que hacía prácticamente imposible o muy difícil la justificación de tales medidas. En los últimos pronunciamientos «jurisprudenciales» se puede observar interpretaciones de los requisitos de las excepciones ambientales que muestran una mayor sensibilidad hacia los problemas ecológicos.³⁰

²⁷ En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el «aire puro» fue considerado como «recurso natural agotable» por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación que concluyeron del as. *EE. UU.-Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (WT/DS2/AB/R) (§ 6.37 y pág. 14, respectivamente).

²⁸ El requisito de necesidad es más estricto pues requiere pasar un «test de medida menos restrictiva» que, según la última jurisprudencia, consiste en la ponderación de una serie de factores: «La importancia relativa de los intereses o valores que la medida impugnada tiene por objeto proteger, la contribución de la medida a la realización de los fines por ella perseguidos, y los efectos restrictivos de la medida en el comercio internacional» (v. informe del Grupo Especial en el as. *Brasil-Neumáticos recauchutados*, § 7.104, citando los informes del Órgano de Apelación en los ass. *Corea-Carne Vacuna*, § 164 y *CE-Amianto*, § 172).

²⁹ Si bien, formalmente el «test de medida menos restrictiva» se aplica en el marco del apartado (b) del art. xx —v. supra—, en la práctica a menudo se ha comprobado a la hora de analizar los requisitos del preámbulo de dicha disposición, sobre todo cuando la excepción ha sido examinada bajo el apartado (g). Dado que este test requiere una ponderación de intereses, es más coherente ubicarlo en el preámbulo del art. xx.

³⁰ Véase, en concreto, los informes del Órgano de Apelación en los ass. *EE. UU.-Gasolina*, *EE. UU.-Camarones* y *CE-Amianto*.

Aun así, muchas medidas que restringen el comercio por motivos ambientales siguen teniendo dificultades para cumplir con las prescripciones del artículo xx. Esto es especialmente cierto cuando se trata de medidas que implican la imposición de estándares ambientales respecto de bienes y personas que se encuentran fuera de la jurisdicción del Estado o que han sido adoptadas de forma unilateral y sin que exista una cooperación con los Estados afectados. Estas medidas necesitarán un plus legitimador para poder ser excepcionadas ya que es importante un consenso mínimo sobre la necesidad y urgencia de dicha protección, que podrá ser afirmado en caso de que existan acuerdos multilaterales que así lo reflejen. De esta forma, las medidas nacionales que se adopten para alcanzar los objetivos recogidos en el Protocolo de Kioto podrán gozar de cierta cobertura internacional. Lo importante es, en definitiva, que el conflicto no se resuelva de forma que las normas ambientales que gozan de un apoyo internacional queden subordinadas a los imperativos comerciales.

7.4.3. La relevancia de los AMUMA en la solución de las controversias comerciales

7.4.3.1. El papel de los AMUMA

Como hemos comprobado en el anterior epígrafe, las normas ambientales internacionales pueden tener un papel relevante en la solución de los conflictos comercio-medio ambiente incluso encontrándonos en sede comercial. De hecho, las funciones de los AMUMA pueden ser variadas. Podríamos hablar de su aplicación stricto sensu cuando son incorporadas por referencia en una norma comercial y resultan compatibles con el Derecho de la OMC.³¹

³¹ Excede del presente trabajo la discusión sobre si el sistema normativo de la OMC es un «régimen especial» impermeable a otras reglas internacionales que no podrán ser tenidas en cuenta en la solución de diferencias. Parto de la idea de que, al tratarse de un subsistema de derecho internacional, las reglas de derecho internacional general podrán aplicarse supletoriamente, siempre y cuando el propio sistema no se aparte del régimen general. Distinto es el caso de las normas internacionales de carácter ambiental, que sí requieren una aceptación más o menos explícita dentro del sistema multilateral de comercio. Sobre los regímenes especiales, véanse, en general, los últimos informes de la CDI sobre la fragmentación del derecho internacional, elaborados por M. Koskenniemi. Se hallan disponibles en http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm.

Sin embargo, por regla general, los AMUMA cumplirán un papel hermenéutico y probatorio. Veamos en qué consisten estas funciones.

En primer lugar, las normas ambientales pueden ser invocadas para interpretar las reglas comerciales aplicables en el caso concreto, como es el de los requisitos del artículo xx del GATT³² pero también del concepto de «producto similar» del artículo III del GATT. Así, un producto elaborado con energías renovables no será «similar» a otro que implique una gran emisión de GEI, dado que para el Protocolo de Kioto son mercancías diferentes.

En segundo lugar, los AMUMA también pueden servir para probar hechos afirmados por las partes como, por ejemplo, la existencia de un riesgo ambiental o demostrar la adecuación de la medida controvertida para combatirlo, particularmente si el propio acuerdo la contempla. En este caso, la existencia del Protocolo de Kioto atestigua que existe un riesgo ambiental y que toda medida que pretenda reducir la emisión de GEI podrá considerarse «adecuada» para conservar los recursos naturales globales o «necesaria» para salvaguardar la vida y la salud de personas, animales y plantas. La existencia de un AMUMA, por lo tanto, podría invertir la carga de la prueba en el marco del artículo xx a favor de la medida controvertida que los aplique (Lennard 1996, 314, y Ward 1996, 4). No obstante, su consideración se enfrenta a algunas dificultades que se examinan a continuación.

7.4.3.2. Problemas a los que se enfrenta la consideración de los AMUMA

a) Su consideración frente a países no partes en el AMUMA

El juego de los artículos 3.2 del Entendimiento de solución de diferencias y 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) permite la consideración a efectos interpretativos de «toda norma pertinente de derecho internacional

³² El Órgano de Apelación en el as. *EE. UU.-Camarones* invocó algunos AMUMA e instrumentos internacionales de carácter ambiental para sostener una interpretación más amplia del concepto de «recurso natural agotable» del apartado (g) del art. xx (v. §§ 127-134).

aplicable en las relaciones entre las partes». ³³ Este último inciso es relevante pues según se dé un sentido u otro determinará la posibilidad de recurrir a los AMUMA para interpretar las reglas comerciales de la OMC, incluso frente a Estados que no son partes en ellos. Esto es especialmente relevante tratándose del Protocolo de Kioto puesto que, como es sabido, uno de los países más contaminantes no lo ha ratificado.

Un entendimiento amplio del término «partes» significaría considerar que todos los miembros de la OMC han de ser partes en el AMUMA, interpretación que se condice con el principio de *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* recogido en el artículo 34 de la CVDT y en virtud del cual un tratado no puede crear derechos y obligaciones para terceros países sin el consentimiento de éstos (Remiro Brotóns 1987, 355-356). Esta postura se ha mantenido en el asunto *EE. UU.-Atún II* ³⁴ y, recientemente, en el asunto CE-Productos biotecnológicos. ³⁵ En ambos casos una de las partes alegó un AMUMA a efectos interpretativos, pero los grupos especiales rechazaron su virtualidad porque no todos los miembros de la OMC eran partes de dichos acuerdos. No obstante, de sostenerse la postura defendida por esta jurisprudencia, significaría rechazar toda influencia de otros acuerdos no integrados en el *paquete único* de la OMC, con lo que el sistema de comercio se blindaría a otras normas internacionales (Snape, y Lefkovitz 1994, 789). Además, esta interpretación no es acorde al propio texto del artículo 31.3 (c) de la CVDT, que no se refiere a todas las partes sino a las partes (Pauwelyn 2001, 575).

Un entendimiento estricto del término «partes», por su parte, simplemente requeriría que sólo los Estados litigantes sean partes del AMUMA para que éste pueda ser relevante en la interpretación de las reglas comerciales que se aplican en la diferencia (Palmer, y Mavroidis 1998, 411). Esta postura tampoco es convincente puesto que el

³³ El art. 3.2 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD) establece que las disposiciones de los acuerdos comerciales deberán interpretarse de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Mientras que el art. 31.3 de la CVDT establece, a su vez, que en la interpretación de las normas internacionales deberá tenerse en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones *entre las partes*» (énfasis añadido).

³⁴ Informe del Grupo Especial, §§ 5.19 y 5.33.

³⁵ Ídem, § 7.75, en relación con el Protocolo de Cartagena.

artículo 31 de la CVDT no parece referirse a «partes litigantes».³⁶ Además, se permitiría que tratados bilaterales o de participación reducida pudieran ser considerados relevantes para interpretar las normas comerciales siempre y cuando vinculasen a las partes en litigio.³⁷

Una solución intermedia sería aquella que permitiría tener en consideración aquellos AMUMA que cuenten con el respaldo de la mayor parte de los miembros de la OMC, independientemente de su oponibilidad a las partes en el litigio.³⁸ Así, esta opción permitiría alegar un AMUMA con efectos interpretativos frente a un Estado que no es parte en él,³⁹ situación que podría ser frecuente en la práctica (Marceau 2001, 1098). Aunque lo ideal es que las partes en la diferencia se encuentren vinculadas por el AMUMA, no puede restarse eficacia interpretativa a una norma internacional de amplio reconocimiento por el hecho de que un Estado no sea parte del mismo.⁴⁰

Así pues, a la hora de considerar un AMUMA en su papel interpretativo, lo importante no es que las partes litigantes sean partes en el mismo, sino que las disposiciones del AMUMA en cuestión cuenten con un respaldo generalizado de la comunidad internacional y que reflejen el sentir general de los miembros de la OMC (Pauwelyn 2001, 575; Esty 2001, 211). Así pareció entenderlo el Órgano de

³⁶ Así se infiere del art. 2.1 (g) de la CVDT que define «parte» como el «Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor» y el art. 31 de la CVDT no es un artículo que se refiere exclusivamente a la interpretación de tratados en el marco de la solución de controversias (Böckenförde 2003, 996-997).

³⁷ Esta posibilidad podría poner en peligro la unidad del Derecho de la OMC y restaría previsibilidad y seguridad jurídica al sistema de solución de diferencias (Meltzer 2004, 921).

³⁸ Sobre esta posibilidad, véase el *Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, de 29 de julio de 2005 (A/CN.4/L.676); 57.º período de sesiones, Ginebra, 2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005, 16; disponible en http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm.

³⁹ Algunos autores dudan sobre la adecuación de esta posibilidad (Scott 2004, 340, y Quick y Lau 2003, 121). Ésta parece ser también la postura institucional de la OMC, tal y como se desprende del mandato de negociación de la Declaración de Doha que limita el examen de la aplicación de medidas restrictivas del comercio contenidas en los AMUMA en las diferencias entre los Estados que sean partes de los mismos [v. § 31 (i) de la Declaración de Doha, Doc WT/MIN(01)/DEC/1, de 20 de noviembre de 2001].

⁴⁰ Así lo afirman también un buen número de autores: González-Calatayud y Marceau (2002, 276); Kulovesi, (2005, 189 y 193); Palmetier y Mavroidis (1998, 409); Scott (2004, 31) y Van Calster (2000, 275).

Apelación en el asunto *EE. UU.-Camarones* al afirmar que no era decisivo que las partes en la controversia hubieran ratificado ciertos AMUMA —en concreto el CITES— para emplearlos con fines interpretativos⁴¹ puesto que las consideraciones contenidas en dichos textos ambientales constituyen «preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano».⁴² El Protocolo de Kioto, con más de 180 Estados partes, bien puede ser considerado a efectos hermenéuticos en el caso de que una reglamentación nacional cuyo objetivo sea la lucha contra el cambio climático se vea confrontada con las reglas comerciales de la OMC.⁴³

b) *La cobertura internacional de las reglamentaciones nacionales*

Puede afirmarse que a mayor cobertura de la medida nacional controvertida por un AMUMA, los requisitos del artículo xx serán más fáciles de cumplir puesto que su función probatoria se encuentra reforzada (Cameron y Campbell 1998, 217). La cobertura será mayor o menor dependiendo de la discrecionalidad de la que dispongan los Estados partes para la consecución de sus objetivos.

Cuando el AMUMA recoge obligaciones explícitas de restringir el comercio de determinadas mercancías, la reglamentación nacional debería presumirse compatible con el artículo xx de forma casi automática (Van Calster 2000, 274), debiendo limitarse el control por verificar si su aplicación adolece de falta de transparencia y flexibilidad y comporta por ello una discriminación arbitraria o injustificable contraria al preámbulo del artículo xx. Si se cuestionara la necesidad de dicha medida se estaría poniendo en tela de juicio el propio AMUMA (Brack 1997, 114, y Baker 1993, 464). En los casos en que la medida restrictiva del comercio se encuentra prevista en el AMUMA, aun cuando no se configura como obligatoria, deberá presumirse que se trata de un medio «razonable» en el sentido del

⁴¹ En el caso concreto, *EE. UU.* no es parte de los instrumentos ambientales que el mismo invocó (informe del Órgano de Apelación, as. *EE. UU.-Camarones*, § 130, pie de pág. 113).

⁴² *Ídem*, § 129.

⁴³ Otros ejemplos de AMUMA con un amplio apoyo internacional son el CITES (173 Estados partes), la Convención de Basilea (170 Estados partes) o el Protocolo de Cartagena (148 Estados partes).

artículo xx.⁴⁴ En el resto de casos, la medida nacional que restrinja el comercio gozará de una cobertura menor.⁴⁵

Ahora bien, lo común es que los AMUMA definan objetivos más o menos concretos dejando a la discrecionalidad de los Estados la elección de los instrumentos a adoptar para la consecución de dichos fines. Así ocurre con el Protocolo de Kioto. Y es que generalmente, cuando se trata de buscar el consenso de muchos países, las normas internacionales adolecen de cierta vaguedad en el contenido. Ello no quiere decir que no deban emplearse las medidas que restringen el comercio con fines ambientales, pues muchas veces son una herramienta adecuada para cumplir con los objetivos del AMUMA. En estos casos, la medida afectada cumplirá, en principio, con el requisito de adecuación de los apartados (b) y (g) del artículo xx GATT, pero, dado que las partes cuentan con una gran discrecionalidad para elegir los medios de implementación del AMUMA, tiene sentido ponderar los intereses en conflicto en el marco del preámbulo del artículo xx, siempre y cuando se respete el nivel de protección establecido por el AMUMA. Así, se deberá comprobar si constituye el medio menos restrictivo que el Estado tenía razonablemente a su alcance.

La mayor o menor cobertura de una medida restrictiva del comercio por una norma internacional sobre medio ambiente puede, en definitiva, resultar determinante para su justificación en el marco de las excepciones ambientales del artículo xx del GATT. De hecho, si la medida restrictiva para el comercio no cuenta con el suficiente respaldo internacional, deberá recibir el tratamiento de una medida unilateral (Nollkämper 1998, 198). Ahora bien, ha de admitirse que una medida nacional basada en un AMUMA goza de mayor legitimidad que una medida estrictamente unilateral (Marceau 1999,

⁴⁴ Esto es así porque, en muchas ocasiones, las medidas menos restrictivas no garantizarán el nivel de protección que el AMUMA establece (Brack 1997, 115).

⁴⁵ En esta *zona gris* también se encuentran las reglamentaciones nacionales que, en aplicación de un AMUMA que lo permita, establecen estándares de protección más estrictos que los exigidos en el propio acuerdo. Así, en el as. *EE. UU.-Camarones* la medida estadounidense no se adoptó en aplicación estricta del CITES pues, aun cuando en él se reconoce el peligro de extinción de las tortugas marinas, prohibiéndose por ello su comercio, sus disposiciones no prevén la posibilidad de restringir el comercio de otro tipo de especies cuya captura entraña serios riesgos para las tortugas marinas.

131),⁴⁶ lo que sirve de incentivo para la cooperación internacional en la protección del medio ambiente.

7.4.3.3. *Propuestas de solución respecto de la relación OMC-AMUMA*

Hemos observado que el artículo xx puede dar cabida a las reglamentaciones que restringen el comercio por motivos ambientales. La reinterpretación de sus requisitos a la luz de las normas internacionales relativas al medio ambiente permite en buena medida prevenir dicho conflicto, pero aún son varias las insuficiencias de esta disposición.

Así, se precisa una clarificación de la relación entre las obligaciones insertas en los AMUMA y las recogidas en los Acuerdos OMC, dando prevalencia a las primeras dada la necesidad acuciante de proteger el medio ambiente. En este sentido se han propuesto algunas soluciones como la enmienda del artículo xx⁴⁷ que permita excepcionar sin problemas las medidas nacionales en aplicación de un AMUMA,⁴⁸ la adopción de un entendimiento sobre la aplicación del artículo xx⁴⁹ o que se establezca una exención (*waiver*) que admita que reglas comerciales no sean oponibles frente a las medidas en aplicación del AMUMA que se beneficia de la exención.⁵⁰

Por otra parte, sería conveniente indicar qué ha de entenderse por AMUMA y especificar qué acuerdos merecen ser excepciona-

⁴⁶ En contra se presenta Lennard (1996, 312).

⁴⁷ A este respecto, véanse los arts. X del Acuerdo sobre la OMC y XXX del GATT.

⁴⁸ Las propuestas de articulación de esta posibilidad son numerosas y van desde añadir un nuevo apartado al art. XX como reformar los supuestos ambientales ya previstos. Véase el Informe del Comité sobre Comercio y Medio Ambiente/Committee on Trade on Environment (CCMA/CTE) de 12 de noviembre de 1996 (WT/CTE/1); disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/wrk_committee_s.htm.

⁴⁹ El art. IX. 2 del Acuerdo de la OMC permite, con el apoyo de una mayoría de tres cuartos de los miembros, realizar una interpretación colectiva de las disposiciones de los acuerdos comerciales. En dicha interpretación se podría fijar con más precisión el alcance de los requisitos contenidos en los apartados (b) y (g) y en el preámbulo del art. XX, así como qué ha de entenderse por términos como «discriminación injustificable y arbitraria», «restricción encubierta» o «medida necesaria». Esta solución tiene la ventaja de aclarar la aplicación del art. XX sin necesidad de proceder a su enmienda.

⁵⁰ Así lo permiten los arts. XXV.5 del GATT y IX.3 y 4 del Acuerdo sobre la OMC.

Aunque se trata de una solución flexible, presenta algunas dificultades, principalmente por no ser una solución definitiva puesto que la exención debe renovarse cada cierto tiempo tras ser sometido cada uno de los AMUMA a un examen sobre su adecuación y no se pueden oponer frente a Estados no partes del AMUMA. Véanse las críticas recogidas en el Informe del CCMA de 1996, § 14 y las propuestas de cambio en Van Calster (2000, 186).

dos. En este sentido, se debería preferir aquellos AMUMA de vocación universal, abiertos a la firma de todos los países que lo deseen y —esto es lo importante— que reflejen un consenso internacional. También debería aclararse cuándo se considera que un Estado cumple con las prescripciones del AMUMA, sobre todo tratándose de acuerdos cuyas disposiciones no sean claras y específicas o dejen un amplio margen de apreciación a los Estados para cumplir los objetivos acordados. Tal es el caso del Protocolo de Kioto que establece con total precisión los objetivos que se deben cumplir pero que da libertad a los Estados partes para elegir los instrumentos que consideren adecuados para alcanzarlos.

También serían necesarios ciertos cambios institucionales ya que la existencia de un Comité de Comercio y Medio Ambiente —inoperante— y de una División de Comercio y Medio ambiente adscrita a la Secretaría de la OMC —escorada hacia los intereses comerciales— no son garantía para una consideración adecuada de los problemas ambientales conectados con el comercio. Sería necesaria una mayor cooperación entre las Secretarías de la OMC y de los AMUMA y la posibilidad de que estas últimas asistan al OSD en la solución de los conflictos comercio-medio ambiente.

Las propuestas señaladas entrañan una gran dificultad habida cuenta de las posiciones enfrentadas de los Estados miembros en el seno del Comité de Comercio y Medio Ambiente.⁵¹ Por lo tanto, son propuestas planteadas a largo plazo, entre las que también hallaría cabida la negociación de un Acuerdo sobre Comercio y Medio Ambiente en el seno de la OMC que clarifique la relación entre la OMC y los AMUMA.⁵² Al fin y al cabo, la aceptación vía excepción de las medidas nacionales en aplicación de los AMUMA es insuficiente para garantizar que la OMC no subordine los intereses ambientales a los comerciales. Entre tanto, sólo cabe confiar que el OSD interprete las normas comerciales de forma favorable a la protección del medio ambiente.

⁵¹ Por este motivo, el CCMA no ha podido realizar recomendación alguna (v. Informe del CCMA de 1996, § 24 y sigs.).

⁵² Sobre las ventajas de la adopción de este acuerdo, véanse Stilwell, y Türk (1999, 15), y Brack (1998, 19).

7.5. Conclusiones

La interrelación entre las políticas comerciales y ambientales es cada vez más evidente y necesaria, pero también se muestra altamente conflictiva. De hecho, una de las trabas, si no la más importante, aducida por EE. UU. para no ratificar el Protocolo de Kioto es que asumir los objetivos ambientales de reducción de emisión de GEI conllevaría una pérdida relevante de competitividad de sus empresas nacionales.

Por estos motivos es de vital importancia clarificar la relación entre la protección del medio ambiente y las normativas que regulan el comercio internacional. En este sentido, debe darse una fuerte señal a aquellos países que deciden no asumir coste alguno por la protección del medio ambiente —a los que se conoce como países *free-riders*—, pero se benefician del esfuerzo realizado por otros Estados. Esta actitud tan poco solidaria e irresponsable no puede verse incentivada o premiada con la aplicación de las normas comerciales internacionales.

A pesar del cambio «jurisprudencial» de la OMC hacia una mayor sensibilidad ambiental experimentado en las últimas décadas, la consideración de las cuestiones ambientales es insuficiente y deberían encontrarse respaldadas por actuaciones políticas y normativas de los Estados miembros de la OMC. Los mismos países que conforman esta organización son los que vienen realizando serios esfuerzos de negociación en los foros ambientales, en concreto en el marco de la CMNUCC. Sería incongruente que los compromisos de reducción, imperiosos e inevitables dado el grave problema del calentamiento global, se vean esterilizados por los imperativos de un comercio regido por intereses cortoplacistas. La importancia e influencia de la OMC en el ámbito internacional implica que, no sólo no puede desatender el problema del cambio climático, sino que debiera convertirse en uno de los percusores de su lucha y apoyar incondicionalmente a los países que han apostado por mitigar sus efectos.

Bibliografía

- BAGWELL, K., P. MAVROIDIS, y R. W. STAIGER. «It's a Question of Market Access». *American Journal of International Law. Symposium: The Boundaries of the WTO* 96 (2002): 56-76.
- BAKER, B. «Protection, Not Protectionism: Multilateral Environmental Agreements and the GATT». *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 26 (3), 1993: 437-468.
- BARTELS, L. «Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings». *Journal of World Trade* 35 (3), 2001: 499-519.
- BERMEJO, R. *Libre comercio y equilibrio ecológico*. Bilbao: Bakeaz, 1996.
- BLANCO JIMÉNEZ, F. J. *Integración económica y medio ambiente*. Madrid: Dykinson, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, M. «Zwischen Sein und Wollen-Über den Einfluss umweltvölkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO-Streitbelegungsverfahrens». *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003): 971-1005.
- BOGDANDY, A. «Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation. 2. Teil: Neue Wege globaler Demokratie?». *Kritische Justiz* 34 (4), 2001: 425-441.
- BOSSELMANN, K. *In Name der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*. Bern: Scherz Verlag, 1992.
- BRACK, D. «Reconciling the GATT and Multilateral Environmental Agreements with Trade Provisions: The Latest Debate». *Review of European Community and International Environmental Law* 6 (2), 1997: 112-119.
- . «The Shrimp-Turtle Case: Implications for the Multilateral Environmental Agreement-World Trade Organization Debate». *Yearbook of International Environmental Law* 9 (1998): 13-19.
- BRACK, D., C. WINDRAM, y M. GRUBB. *International Trade and Climate Change Policies*, Londres: Earthscan Royal Institute for International Affairs, 1999.
- CAMERON, J., y K. CAMPBELL. «Challenging the Boundaries of the DSU through Trade and Environment Disputes». En J. Cameron y K. Campbell (eds.). *Dispute Resolution in the WTO*, Londres: Cameron May, 1998: 204-231.
- CAMERON, J., P. DEMARET, y D. GERANDIN. *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Londres: Cameron and May, 1994.
- CARDONA LLORENS, J. «Límites al libre comercio: el medio ambiente». En F. Esteve García (coord.). *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*. Gerona: Universidad de Gerona, 2001: 265-336.
- CORREA, C., «Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreement». *Journal of World Trade* 34 (5), 2000: 89-121.
- DRIESEN, D. «What is Free Trade? The Real Issue Lurking Behind the Trade and Environment Debate». *Virginia Journal of International Law* 41 (2), 2001: 279-368.
- ESTY, D. *El reto ambiental de la Organización Mundial de Comercio*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- ESTY, D., y D. GERADIN. «Environmental Protection and International Competitiveness. A Conceptual Framework». *Journal of World Trade* 32 (3), 1998: 5-46.
- FERNÁNDEZ EGEA, R. M. *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FERNÁNDEZ EGEA, R. M., y F. SINDICO. «El papel de la UE en la lucha contra el cambio climático: ¿líder en la política climática global?». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 14 (2007).
- FIJALKOWSKI, A., y J. CAMERON (eds.). *Trade and the Environment: Bridging the Gap*, The Hague: T. M. C. Asser Instituut, 1998.

- GALEOTTI, M., y C. KEMFERT. «Interactions between Climate and Trade Policies: A Survey», *Journal of World Trade* 38 (4), 2004: 701-724.
- GOH, G. «The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border», *Journal of World Trade* 38 (3), 2004: 395-423.
- GONZÁLEZ-CALATAYUD, A., y G. MARCEAU. «The Relationship between the Dispute-Settlement Mechanisms of MEAs and those of the WTO». *Review of European Community and International Environmental Law* 11 (3), 2002: 275-286.
- GORDILLO FERRÉ, J. L. «Mundialización y medio ambiente (la OMC como agente de desarrollo insostenible)». *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* 1 (2003): 72-81.
- HILF, M. «Libertad de comercio mundial contra protección del medio ambiente». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 3 (2000): 45-77.
- HOWSE, R. «From Politics to Technocracy- and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime». *American Journal of International Law. Symposium: The Boundaries of the WTO* 96 (2002): 94-117.
- JUSTE RUIZ, J. «Protección del medio ambiente y comercio internacional». *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* VII (2003): 341-456.
- KULOVESI, K. «A Link between Interpretation, International Environmental Law and Legitimacy at the WTO Dispute Settlement». *International Trade Law & Regulation* 11 (6), 2005: 188-196.
- LENNARD, M. «The World Trade Organization and Disputes Involving Multilateral Environment Agreements». *European Environmental Law Review* 5 (11), 1996: 306-314.
- MAIJEAN-DUBOIS, S. (ed.). *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*. Bruylant, Bruselas, 2003.
- MARCEAU, G. «A Call for Coherence in International Law». *Journal of World Trade* 33 (5), 1999: 87-152.
- . «Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties». *Journal of World Trade* 35 (6), 2001: 1081-1131.
- MELTZER, J. «Interpreting the Wto Agreements – A Commentary on Professor pauwelyn's Approachs». *Michigan Journal of International Law* 25 (2004): 917-923.
- NOLLKÄMPER, A. «Rethinking States' Rights to Promote Extra-territorial Enviromental Values». En F. Weiss, E. Denters and P. de Waart (eds.). *International Economic Law with a Human Face*. The Hague: Kluwer Law International, 1998: 175-201.
- PALMETER, D., y P. MAVROIDIS. «The WTO Legal System: Sources of Law». *American Journal of International Law* 92 (3), 1998: 398-413.
- PAUWELYN, J. «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?». *American Journal of International Law* 95 (2001): 535-582.
- . «The Nature of WTO Obligations», Jean Monnet Working Paper 1/02 (2002): <http://ideas.repec.org/p/erp/jeanmo/p0001.html>.
- QUICK, R., y C. LAU. «Environmentally Motivated Tax Distinctions and WTO Law. The European Commission's Green Paper on Integrated Product Policy in Light of the "Like Product-" and "PPM-" Debates». *Journal of International Economic Law* 6 (2), 2003: 419-458.
- REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público. II. Derecho de los tratados*. Madrid: Tecnos, 1987.
- RIECHMANN, J. *Todo tiene un límite: ecología y transformación social*. Madrid: Debate, 2001.

- SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L. *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2000.
- SCOTT, J. «International Trade and Environmental Governance: Relating Rules (and Standards) in the EU and the WTO». *European Journal of International Law* 15 (2), 2004: 307-354.
- SINDICO, F. «Climate Taxes and the WTO: Is the Multilateral Trade Regimen a Further Obstacle for Efficient Domestic Climate Policies?». *Economic Policy and Law. Journal of Trade & Environment Studies* 3 (8), 2006: 1-24.
- SNAPE, W., y N. LEFKOVITZ. «Searching for GATT's Environmental Miranda: Are "Process Standards" Getting "Due Process"». *Cornell International Law Journal* 27 (1994): 777-799.
- STILWELL, M., y E. TÜRK. «Trade Measures and Multilateral Environmental Agreements: Resolving Uncertainty and Removing the WTO Chill Factor». *WWF International Discussion Paper*, Gland, noviembre de 1999.
- TARASOFSKY, R. «Ensuring Compatibility between Multilateral Environmental Agreements and the GATT/WTO». *Yearbook of International Environmental Law* 7 (1996): 52-74.
- TRÜEB, H. R. *Umweltrecht in der WTO. Staatliche Regulierung im Kontext des internationalen Handelsrechts*. Zürich: Schulthess, 2001.
- VAN CALSTER, G. «The World Trade Organisation Committee on Trade and Environment: Exploring the Challenges of the Greening of Free Trade». *European Environmental Law Review* 5, (2), 1996: 44-51.
- . *International and EU Trade Law: the Environmental Challenge*. Londres: Cameron May, 2000.
- VOGEL, D. «Environmental Regulation and Economic Integration». *Journal of International Economic Law*, 2000: 265-279.
- VOON, T. «Sizing Up the WTO: Trade-Environment Conflict and the Kyoto Protocol». *Journal of Transnational Law & Policy* 10 (2000): 71-108.
- VOSSENAAR, R., y V. JHA. «Environmentally Based Process and Production Methods Standards: Some Implications for Developing Countries». *Trade and Environment: the International Debate, Latin American Economic System (SELA) and United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, 1996: 145-170.
- WARD, H. «Trade Measures and Multilateral Environmental Agreements: Backwards or Forwards in the WTO?». *WWF Legal Brief*. Gland (Suiza), septiembre de 1996.
- WIERS, J. *Trade and Environment in the EC and the WTO: a Legal Analysis*. Groninga: Europa Law Publishing, 2002.
- . «French Ideas on Climate and Trade Policies». *Carbon & Climate Law Review* 1 (2008): 18-32.
- ZIEGLER, A. «WTO Rules Supporting Environmental Protection». En F. Weiss, E. Denterss y P. de Waart, *International Economic Law with a Human Face*. The Hague: Kluwer Law international, 1998: 203-222.