

EL SISTEMA JURÍDICO DE LA OMC EN LA IMPLEMENTACIÓN Y DISEÑO DE MEDIDAS

MEDIOAMBIENTALES

Daniela Gómez Altamirano*

Sumario: I. El comercio internacional y el medio ambiente, II. Antecedentes de la relación comercio-medio ambiente, III. Avances en la OMC, IV. Nuevos retos: medidas de ajuste en la frontera, V. Consideraciones finales, VI. Fuentes de consulta.

Resumen: la imposición de medidas comerciales con fines medioambientales ha crecido de tal manera que diferentes medidas han sido sujetas de escrutinio por parte del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Este artículo analiza la evolución de la jurisprudencia de la OMC; partiendo de una visión limitada en el primer caso del atún hasta una actual apertura que permite cada vez más la implementación de medidas comerciales con fines medioambientales. Derivado de la falta de compromiso internacional por llegar a acuerdos en materia de medio ambiente y en particular de cambio climático, algunos países han implementado regímenes para hacer frente a esta problemática, lo cual podría incluir las importaciones de países que no cuenten con este tipo de instrumentos. Este artículo discute la problemática de las medidas de ajuste en la frontera en cuanto a su compatibilidad con las reglas de la OMC, argumentando que su implementación y diseño es de suma importancia.

Palabras clave: Organización Mundial del Comercio, medio ambiente, medidas comerciales, medidas de ajuste en la frontera, Artículo XX del GATT.

*Licenciatura en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Económico Internacional y Políticas (IELPO), Univesitat de Barcelona. Institución donde labora: Georgetown University Law Center. Editora del Journal of International Economic Law (JIEL) de Georgetown University Law Center. Editora Asociada de la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional (LATAM Journal) de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora en la División de Estudios a Distancia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: Georgetown University Law Center; +(202) 662 4046; dg728@georgetown.edu. Temas de especialización: Derecho Económico Internacional.

I. El comercio internacional y el medio ambiente

La relación entre el régimen de comercio y el de medio ambiente ha sido altamente debatida, planteando interrogantes fundamentales de la política nacional e internacional. Estas preguntas han estado presentes desde el nacimiento del régimen de comercio internacional en la década de 1940. Sin embargo, los vínculos y los conflictos potenciales entre la liberalización del comercio internacional y la protección del medio ambiente no habían tenido tanta relevancia como en las últimas dos décadas.

El éxito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de otros acuerdos comerciales en la reducción de aranceles, ha causado una mayor atención a la amenaza que suponen las barreras comerciales no arancelarias, como son las normas ambientales, que, a su vez, han crecido dramáticamente en número y alcance en los últimos años. Por otro lado, la expansión del comercio internacional y su liberalización ha dado lugar a una mayor preocupación por los posibles efectos negativos que esto pudiera causar en el medio ambiente. Lo anterior se ha visto maximizado por la existencia de conflictos entre los países desarrollados y los países en desarrollo donde se ha generado la discusión de los vínculos comerciales-ambientales. La tarea de conciliar los objetivos fundamentales del libre comercio y la protección del medio ambiente sigue siendo en gran medida un trabajo en progreso.

Aunque criticado, la perspectiva del comercio ha predominado en enmarcar el debate dado que el sistema de solución de diferencias de la OMC ha sido el principal foro para tratar los conflictos comerciales y ambientales. Es en esta perspectiva que este artículo analiza el alcance de las medidas comerciales con fines medio ambientales.

El primer cuestionamiento que surge a este respecto es ¿de qué manera las medidas ambientales obstaculizan el comercio y entran en conflicto con el régimen de la OMC? Algunas de las medidas ambientales que directamente afectan al comercio son, por ejemplo, la prohibición del comercio de especies en peligro de extinción, la prohibición de la exportación de residuos peligrosos o la prohibición de las importaciones de productos que su manufactura menoscabe la salud o vida de alguna especie animal o la calidad del aire. Estas medidas ambientales relacionadas con el comercio aumentan la preocupación más evidente para el régimen de la OMC que es el objetivo de prohibir todas las

restricciones a los intercambios comerciales distintas de los aranceles, que se refleja en el artículo XI del GATT de 1994.¹

Los aspectos obstaculizadores del comercio derivados de la imposición de medidas ambientales tienden a tener efectos particularmente perjudiciales para los países en desarrollo, cuyos exportadores son menos capaces de asumir el coste de adaptación a dichas medidas. Por lo tanto, a menudo los gobiernos de países en desarrollo han visto las regulaciones ambientales del mundo desarrollado con recelo. Como respuesta a esta situación, tanto en la Decisión Ministerial de Marrakech sobre Comercio y Medio Ambiente como en la Declaración de Doha, se ha señalado puntualmente la preocupación de los efectos que medidas medio ambientales pueden tener en el acceso a los mercados para los países en desarrollo.²

II. Antecedentes de la relación comercio-medio ambiente

El uso de medidas comerciales con fines ambientales no es un recurso nuevo. Las restricciones comerciales han sido una parte importante del conjunto de herramientas de reglamentación desde el surgimiento del movimiento ecologista en el siglo XIX. A pesar de que el movimiento ecologista se encontraba todavía en sus inicios cuando se adoptó el GATT de 1947, los Estados contratantes estaban familiarizados con las medidas ambientales restrictivas del comercio, y en respuesta trataron de hacerles frente a través del artículo XX del GATT.³

En 1987, una opinión de expertos de la Secretaría del GATT concluyó que las recientemente adoptadas disposiciones comerciales en el Protocolo de Montreal sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, que por primera vez obligaba a las partes

¹ P, Demaret, “TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT” en J. Cameron, P. Demaret y D. Geradin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Londres, Cameron & May, 1994, p. 52.

² Decisión Ministerial de Marrakech en comercio y medio ambiente, MTN.TNC/45(MIN), abril 14, 1994, Declaración Ministerial de Doha, WT/MIN(01)/DEC/W/1, noviembre 14, 2001.

³ S, Charnovitz, “Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX”, 1991 *Journal of World Trade*, p. 37.

contratantes a utilizar medidas comerciales,⁴ estaban dentro del ámbito de aplicación de la excepción del artículo XX.

El primer enfrentamiento real entre los regímenes comercial y ambiental se produjo en 1991, cuando el caso *Estados Unidos-Atún*⁵ atrajo la atención de la conciencia pública. Los grupos especiales del GATT, tanto en *Estados Unidos-Atún I* y *Estados Unidos-Atún (CEE)* llegaron a la conclusión de que la Ley de Protección de Mamíferos Marinos de Estados Unidos no estaba justificada en virtud del artículo XX y por lo tanto violaba el GATT de 1947. Aunque el informe no fue aprobado por el Consejo del GATT,⁶ éste se convirtió en un parte aguas en el debate entre los partidarios del libre comercio y los ambientalistas.

III. Avances en la OMC

Derivado de la conciencia generada por el caso del atún sobre los posibles conflictos entre el comercio y las normas ambientales, ambos regímenes comenzaron con esfuerzos por llegar a una cooperación en donde medidas medioambientales pudieran coexistir con aquellas de comercio. Por un lado, los acuerdos ambientales abandonaron el modelo seguido en el Protocolo de Montreal en donde se recurría a medidas comerciales para promover la participación y el cumplimiento de éste. Por otra parte, el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC incluyó varias disposiciones ambientales de suma importancia.⁷

⁴ Las medidas comerciales del Protocolo de Montreal (1) exigen a las partes prohibir el comercio con Estados no partes de sustancias que agotan el ozono, (2) prevé limitaciones para la importación de terceros de los productos que contienen o estén producidos con sustancias reguladas y (3) insta a las partes a desalentar al mayor grado posible la exportación a terceros de tecnologías para la producción o el uso de sustancias controladas. Artículo 4 del Protocolo de Montreal.

⁵ *Estados Unidos-Restricciones a la importación de atún*. Informe no adoptado, distribuido el 3 de septiembre de 1991.

⁶ México y los Estados Unidos entraron en consultas bilaterales que con el tiempo dieron lugar a la Declaración de Panamá de 1995, en la que Estados Unidos, México y otros ocho países atuneros establecieron límites de conservación de mortalidad de delfines.

⁷ Estas incluyen modificaciones del Código de Normas y la inclusión de cláusulas ambientales en el Acuerdo de la OMC, el AGCS, el Acuerdo sobre Agricultura, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias y el ADPIC.

A pesar de este conflicto entre el régimen de comercio y el de medio ambiente, los procedimientos de solución de diferencias del GATT y ahora de la OMC han sido utilizados para la solución de las controversias internacionales sobre medidas ambientales con más frecuencia que los procedimientos de solución de controversias de cualquier otra organización en el mundo.⁸ Desde la creación de la OMC, tal vez el esfuerzo más importante por conciliar los regímenes comerciales y ambientales ha venido del Órgano de Apelación. Tanto en *Estados Unidos-Gasolina*,⁹ en donde una ley de Estados Unidos ordenaba diferentes métodos de cálculo de las emisiones de la gasolina extranjera y nacional y *Estados Unidos-Camarones*,¹⁰ que implicaba la prohibición de Estados Unidos a la importación de camarón capturado en formas que dañan a las tortugas marinas en peligro de extinción, el Órgano de Apelación interpretó el artículo XX (g) del GATT de 1994 de una forma menos restrictiva, mostrando una mayor sensibilidad a los valores ambientales. En ambos casos, el Órgano de Apelación constató que las medidas de Estados Unidos, la calidad del aire en *Estados Unidos-Gasolina* y las tortugas marinas en peligro de extinción en *Estados Unidos-Camarones* eran medidas "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables".

Aunque en *Estados Unidos-Gasolina* (y en un principio en *Estados Unidos-Camarones*), el Órgano de Apelación constató que la medida de Estados Unidos era arbitraria e injustificada y, por lo tanto, contraria al preámbulo del artículo XX del GATT, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Camarones* (Artículo 21.5) en última instancia, declaró legal la prohibición de importación de Estados Unidos después de que Estados Unidos hubo mantenido negociaciones de buena fe con otros países para llegar a un acuerdo sobre las medidas para conservar las tortugas marinas, basándose, en parte, en el nuevo lenguaje del Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC en relación con el desarrollo sostenible. De igual manera, el Órgano de Apelación ha relajado su interpretación del examen de "necesidad" en el Artículo XX (b) del GATT de 1994, sustituyendo la regla de

⁸ E-U, Petersmann, "International Trade Law and International Environmental Law: Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GAT", 1993 *Journal of World Trade*, p. 43.

⁹ *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, W/DS2.

¹⁰ *Estados Unidos-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, W/DS58.

"menos restrictiva al comercio", adoptada por los grupos especiales del GATT con la regla de "equilibrio multifactorial".

Más recientemente, en *Brasil-Neumáticos recauchutados*,¹¹ el Órgano de Apelación declaró que la medida de Brasil que prohibía la importación de neumáticos recauchutados era *necesaria* para la "reducción de los riesgos de acumulación de neumáticos de desecho". Aunque la medida de Brasil en última instancia fue hallada arbitraria e injustificada por contener una excepción para las importaciones procedentes de otros Estados miembros del Mercosur, desde el punto de vista ambiental resulta significativo que el Órgano de Apelación esencialmente rechazara la medida de Brasil por no ser suficientemente restrictiva del comercio.

Mientras que las decisiones recientes reflejan una mayor apertura a las medidas ambientales restrictivas del comercio, otros aspectos del régimen de la OMC han creado el potencial para nuevas formas de conflicto, en particular, la expansión de la OMC a nuevas áreas y su mayor disposición a regular medidas gubernamentales que inciden en el comercio.

IV. Nuevos retos: medidas de ajuste en la frontera

El cambio climático ha sido el punto central en la agenda ambiental de los últimos 25 años. Los constantes esfuerzos para hacer frente a este problema se han impulsado en gran medida por medio de negociaciones internacionales bajo la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), firmada y ratificada por la mayoría de los países en la década de 1990. A pesar de estos esfuerzos, las negociaciones se han llevado a cabo siguiendo un interés especial tratando de evitar acciones específicas y por lo tanto la falta de voluntad política para tomar medidas eficaces ha prevalecido. Si bien el principio de "responsabilidades comunes pero diferenciadas" ha jugado un papel central en la definición de los derechos y obligaciones de los países, ha habido una creciente demanda de los países desarrollados en cuanto a que los países desarrollados y los países en desarrollo tendrían que comprometerse para hacer frente al problema.

Debido a esta falta de un acuerdo internacional eficaz, algunos países han tomado la decisión de imponer medidas unilaterales para combatir el cambio climático. Los

¹¹ *Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, W/DS332.

mecanismos de precios y de mercado para internalizar los costos ambientales desarrollados por estos países se han manifestado principalmente en dos instrumentos: (i) el impuesto sobre el contenido de carbono de los combustibles fósiles, a menudo combinados con un impuesto sobre el consumo de energía, y (ii) los regímenes de comercio de derecho de emisiones de carbono o ETS por sus siglas en inglés.

Dado que las políticas de reducción de emisiones no se reproducen universalmente, los países que aplican este tipo de políticas se enfrentan a una situación de desventaja competitiva con respecto a las industrias intensivas en energía planteándose desiguales en cuanto a restricciones en la emisión de gases de efecto invernadero. La desventaja competitiva provoca un aumento en el nivel de las emisiones generadas fuera de la región que aplica la medida, a lo que llaman "fuga de carbono", que tiende a socavar la eficacia de una política nacional para combatir el cambio climático.¹²

Con el fin de nivelar la situación competitiva y evitar la fuga de carbono, los países han experimentado presión por incluir en su política ciertas medidas de "ajuste en la frontera" para complementar las acciones unilaterales contra el cambio climático.

Esfuerzos importantes, en particular en la Unión Europea y los Estados Unidos, ya están en marcha indicando la posibilidad de que las disposiciones relativas a las medidas comerciales unilaterales puedan ser consideradas también en las importaciones procedentes de países que no cuenten con políticas comparables de reducción de gases de efecto invernadero.

Las medidas de ajuste en frontera pueden incluir: (a) ajustes fiscales en frontera a los impuestos al carbono; es decir, los impuestos y gravámenes aplicados a los productos nacionales también se aplicarían a los productos importados similares, (b) la exigencia de los derechos de emisión para las importaciones cuando los importadores tuvieran que presentar los derechos de emisión o comprar derechos de emisión en el mercado de comercio de emisiones nacionales, con el fin de cubrir la emisión de gases de efecto invernadero creado durante el proceso de producción o de las emisiones generadas en los servicios, tales como servicios de transporte, y (c) otro tipo de medidas en frontera, como

¹² R.V. Anuradha, "Unilateral Carbon Border Measures: Key Legal Issues", *ICRIER Policy Series*, núm. 2, julio 2011.

los derechos compensatorios contra las "subvenciones de facto" o derechos *antidumping* contra un "*dumping* ambiental".¹³

Ante la falta de consenso internacional sobre la estructura y el diseño de las medidas relacionadas con el comercio para combatir el cambio climático como parte de políticas ambientales nacionales e internacionales, los países perjudicados pueden decidir impugnar este tipo de medidas ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Hasta ahora, ni la distribución de los derechos de emisiones ni las restricciones fronterizas han llegado todavía a un escrutinio bajo las disposiciones de la OMC, dejando así, mucho espacio para la especulación sobre lo que sería la interpretación de las obligaciones y excepciones al respecto.

Los expertos han argumentado una posible incompatibilidad con los acuerdos abarcados de la OMC, en particular, con los artículos I, II, III y XVI del GATT, e incluso con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC).¹⁴ No se ha llegado a acuerdo alguno sobre la compatibilidad de las medidas de ajuste en la frontera bajo el marco de la OMC, sin embargo, los expertos coinciden en que su legalidad dependerá de su estructura, diseño y, lo más importante, de su implementación.

V. Consideraciones finales

Resulta evidente que los conflictos entre los regímenes comercial y ambiental, tanto actuales como potenciales, en términos generales podrían abordarse de dos maneras, ya sea, caso por caso, o de una manera legislativa a través de negociaciones multilaterales entre Estados. Independientemente de ambas alternativas, la cuestión central de la relación entre

¹³ UNEP and WTO Report, "Trade and Climate Change", World Trade Organization, 2009.

¹⁴ Ver por ejemplo: O. Godard, "Intégrité environnementale des politiques climatiques et ajustement aux frontières: les enjeux pour l'Union européenne", *Presses de l'Ecole Polytechnique Palaiseau*, 2011; M.B. Eichenbert, "Greenhouse Gas Regulation and Border Tax Adjustments: The Carrot and the Stick", *Golden Gate University Environmental Law Journal*, vol. 3, número 2, 2010; J. Pauwelyn, "U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The limits and Options of International Trade Law", *Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, Duke University*, 2007; J. Cendra, "Can Emission Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO law", *Review of European Community and International Law*, 2006.

el comercio y el medio ambiente es si ésta deberá ser abordada bajo el régimen legal de la OMC o bajo otro foro internacional.

La jurisprudencia reciente de la OMC sugiere que las medidas unilaterales pueden ser vistas como un ejercicio legítimo del derecho soberano de los Estados con respecto a los ámbitos de actuación contemplados en el artículo XX-protección al medio ambiente.

La discusión expuesta en este artículo pone en relieve la necesidad de un análisis más detallado para definir la relación entre las normas específicas de la OMC y otras de derecho internacional en materia de medio ambiente. A pesar de la apertura vista en la jurisprudencia de la OMC en los últimos años, el cambio climático presenta un nuevo problema en la evolución de la aplicación del artículo XX del GATT.

VI. Fuentes de consulta:

Bibliográficas

ANURADHA R.V., “Unilateral Carbon Border Measures: Key Legal Issues”, *ICRIER Policy Series*, núm. 2, julio 2011.

BROWN, Weiss y JACKSON, *John*, *Reconciling Environment and Trade*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001.

CENDRA, Javier de, “Can Emission Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO law”, *Review of European Community and International Law*, 2006.

CHARNOVITZ, Steve, “Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX”, *Journal of World Trade*, 1991.

DEMARET, Paul, “TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT”, en J. Cameron, P. Demaret y D. Geradin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Londres, Cameron & May, 1994.

EICHENBERT, M.B., “Greenhouse Gas Regulation and Border Tax Adjustments: The Carrot and the Stick”, *Golden Gate University Environmental Law Journal*, vol. 3, número 2, 2010.

GODARD, Oliver, “Intégrité environnementale des politiques climatiques et ajustement aux frontières: les enjeux pour l’Union européenne”, *Presses de l’Ecole Polytechnique Palaiseau*, 2011.

PAUWELYN, Joost, “U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The limits and Options of International Trade Law”, *Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions*, Duke University, 2007.

PETERSMANN, Ernest Ulrich, “International Trade Law and International Environmental Law: Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GAT”, *Journal of World Trade*, 1993.

UNEP and International Institute of Sustainable Development, “Environment and Trade: A Handbook”, 2ª ed., Nairobi-Geneva: UNEP y IISD, 2005.

UNEP and WTO Report, “Trade and Climate Change”, World Trade Organization 2009.