



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL COMERCIO EXTERIOR

LAS BARRERAS COMERCIALES DEL FUTURO: EL CASO DEL CAMBIO CLÍMATICO.

T E S I S P R O F E S I O N A L
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

YANEÍ LEZAMA RAMÍREZ

ASESOR :

LIC.ORLANDO PÉREZ GÁRATE.



CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR

OFICIO APROBATORIO No. L. 09/2011.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
PRESENTE.

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de la licenciatura, elaborada por la pasante en Derecho, **LEZAMA RAMÍREZ YANEÍ** con número de cuenta **302652745** en este Seminario, bajo la dirección del **LIC. ORLANDO PÉREZ GÁRATE**, denominada "**LAS BARRERAS COMERCIALES DEL FUTURO: EL CASO DEL CAMBIO CLIMÁTICO**", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F., a 22 de Septiembre del 2011.

DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ
Director del Seminario,



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR

México, D.F., a 12 de Agosto de 2011

DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE EL COMERCIO EXTERIOR
P R E S E N T E :

Hago de su conocimiento que la alumna YANEI LEZAMA RAMIREZ, con número de cuenta 302652745, ha concluido el trabajo de tesis para obtener el grado de Licenciada en Derecho, mismo que he tenido la responsabilidad de dirigir y el cual se titula: "*Las Barreras Comerciales del Futuro: El Caso del Cambio Climático*".

En virtud de las revisiones que he hecho de la tesis de referencia y de que es un trabajo cuya elaboración sigue las indicaciones y requisitos reglamentarios, así como los que han sido establecidos en el seminario que usted dirige, apruebo que se continúen los trámites de titulación correspondientes.

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

Atentamente,



Lic. Orlando Pérez Gárate

Nature is our best companion. By learning to live in the present, hopefully, we will nurture Nature as much as Nature nurtures us. Without nature, our life is plastic.

- Gurumayi Chidvilasananda

(Approach the Present with your Heart's Consent. Make it a Blessed Event. Message for 2001. © SYDA Foundation 2011, todos los derechos reservados).

Dedico este trabajo como una forma de Agradecimiento:

A mi maestra, por este asombroso camino, y por enseñarme el significado de la fuerza y la valentía.

A mis papás, por ese amor y ese apoyo incondicional; ¡y por tanta confianza y paciencia!

A mi hermana, por siempre estar ahí para mí, en las buenas y en las malas.

A mi familia, porque siempre me han hecho sentir una gran persona.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por ser la gran Institución que es:

Que forma personas profesionales que piensan y actúan a la altura de los retos de su vida, no sólo profesional.

Que me dio los años más satisfactorios y que más he disfrutado de mi vida (hasta ahora), con el equipo representativo de voleibol.

Que me dio la oportunidad de conocer a personas que me han enseñado a ser un mejor ser humano y que siempre tendrán un lugar especial en mi corazón: Joaquín Villanueva, Sergio Hernández, Eva Hernández, Gloria Segura, Elvia Palma, Patricia Arratíbel, Alejandra Espinosa, Mónica Rodríguez, Claudia Martín, Claudia Lelo de Larrea, Ricardo Ramírez, Gerardo Martínez, Mario Castro, y Eduardo Morales.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I. CAMBIO CLIMÁTICO. TEORÍA, EVIDENCIA Y MARCO JURÍDICO.	6
1. Concepto de Crisis Ambiental.....	7
2. El Cambio Climático.	9
A. ¿Qué es el Cambio Climático?	10
B. El Costo del Cambio Climático: Sus Efectos Económicos y Sociales y el Informe Stern.	18
3. La Respuesta Jurídica Internacional.	23
A. Regulación Jurídica Internacional para el Cambio Climático.....	24
CAPÍTULO II. COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE. ¿CÓMO INTERACTÚAN?	36
1. ¿Por qué el Sistema Multilateral de Comercio debe prestar especial atención al Cambio Climático?.....	37
2. Efectos del Cambio Climático sobre el Comercio Internacional.....	40
3. El Medio Ambiente en la Organización Mundial del Comercio: La inclusión de consideraciones ambientales en el Sistema Multilateral de Comercio.....	41
A. Disposiciones del GATT.....	43
B. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.....	51
C. Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.....	54
D. Acuerdo sobre Agricultura.....	58
E. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas y Compensatorias.....	59
F. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio...65	
G. Acuerdo General de Comercio de Servicios.	68
4. El Medio Ambiente en la OMC, una preocupación real: El Comité de Comercio y Medio Ambiente.....	72
5. Los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAs) relativos al Cambio Climático y las Normas de la OMC.....	78
A. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.....	78
B. Protocolo de Kyoto.	84
CAPÍTULO III. CONFLICTOS POTENCIALES ENTRE LAS NORMAS DE LA OMC Y EL PROTOCOLO DE KYOTO.	89

1. Conflictos potenciales derivados de la interacción de normas de Derecho Público.	92
A. Conflicto de normas.	94
B. Extraterritorialidad.	102
C. Principio Precautorio.	109
D. Estados no Parte de la CMNUCC.	112
2. Conflictos potenciales derivados de la implementación de políticas nacionales de mitigación. .	116
A. Medidas Regulatorias.	118
B. Incentivos Económicos.	135
3. Solución de controversias: ¿medidas ambientales como barreras comerciales?.....	142
A. El caso Atún-Delfín I (GATT).....	143
B. El caso Camarón-Tortuga.....	147
 IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA.	 156
 BIBLIO-HEMEROGRAFÍA.	 165

INTRODUCCIÓN.

“Necesitamos ser lúcidos y realistas,” -dijo el Sr. Pascal Lamy¹- “El fracaso de la OMC al cumplir con su función legislativa, el que fracase en la actualización de las reglas que gobiernan el comercio internacional –cuya última actualización ocurrió en 1995– adaptándolas a las necesidades cambiantes de sus Miembros, el fracaso de la OMC a aprovechar nuestra creciente interdependencia económica de una manera cooperativa, implica arriesgarse a un debilitamiento lento y silencioso del sistema multilateral de comercio a largo plazo.”²

Uno de los mayores retos en cuanto a la función legislativa y la actualización de las reglas de la OMC, es la consideración ambiental del Cambio Climático dentro de sus normas. Las preguntas recurrentes sobre este tema se han planteado así: Si las reglas del GATT interfieren con la mitigación del cambio climático, ¿cómo podrían cambiarse? Si los objetivos ambientales son vehículos frecuentemente abordados por el proteccionismo, ¿cómo podría prevenirse?

Es común que actualmente algunos piensen que se escribe y se investiga sobre Cambio Climático, porque es el “tema de moda”. Que toda la inquietud y preocupación generada alrededor del tema, es a veces demasiada, cuando *simplemente se trata de especies incapaces de adaptarse a cambios*, cambios que en el planeta han ocurrido siempre. No. No se trata de “*la extinción del oso polar*” no se trata del “*agotamiento de selvas y bosques*”, no se trata de *amor a la naturaleza*. La naturaleza puede cuidar de sí misma. La gravedad del fenómeno no radica en estos efectos (que para mí, son lo suficientemente graves por sí mismos), sino en la amenaza de convertir al planeta en inhabitable, y en las múltiples amenazas a la vida y la salud humanas que esto trae consigo. Se trata de amor a la humanidad, de preservación de nosotros mismos como especie. Debemos continuar siendo *egoístas*.

¹ Quinto y actual Director General de la Organización Mundial de Comercio.

² Discurso del Director Pascal Lamy en una Reunión Informal del Comité de Negociaciones Comerciales: Members confront Doha Round deadlock with pledge to seek meaningful way out. Disponible en: http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/tnc_dg_infstat_29apr11_e.htm.

Se requieren acciones desde cada disciplina para comenzar a mitigarlo, desde cualquier ámbito en el que nos desenvolvamos, ya que este fenómeno necesariamente afecta todas las áreas de desempeño del ser humano. Lo que debe buscarse es que cada disciplina de estudio proponga alternativas con sus propias herramientas.

En la Ciencia Jurídica, particularmente dentro del sistema multilateral de comercio, encontramos una relación muy interesante entre comercio internacional y cambio climático. Hasta hace muy poco tiempo, esta relación había sido poco estudiada, a pesar de su gran relevancia. Conforme ha transcurrido el tiempo, y especialmente, como resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay, la OMC ha evolucionado de ser un sistema de reglas que prohibía las medidas comerciales restrictivas, hacia un sistema de reglas que requiere acciones gubernamentales positivas. Como consecuencia, tenemos una OMC que participa en la evaluación y regulación de la “legalidad” de medidas nacionales que no son primordial o exclusivamente relativas al comercio. La influencia del régimen comercial multilateral, ha impactado áreas que no necesariamente están sujetas a ninguna regulación comercial. Por ejemplo: políticas ambientales, laborales, sobre derechos humanos o sobre competencia económica, que se encuentran, estrictamente hablando, fuera de la jurisdicción de las reglas de la OMC, pero que cuya formulación de políticas, sin embargo, es frecuentemente influenciada por el comercio y el sistema multilateral.

Lo que yo propongo en este estudio es una proyección de la posible relación que tendrán en un futuro el Medio Ambiente y el Comercio Internacional. Basada tanto en la afirmación de que todas las disciplinas humanas tienen relación con el cambio climático, como en el tratamiento que se les ha dado a las medidas ambientales en el sistema multilateral de comercio.

El cambio climático no afecta a la naturaleza o al medio ambiente, afecta a la humanidad y sus actividades como las conocemos. El medio ambiente ha existido y existirá siempre, el fenómeno del Cambio Climático no afecta ni pone en peligro *su* existencia, sino la *nuestra*. Es necesario que nos responsabilicemos de lo que sucede en nuestro planeta, porque nos afecta a nosotros. Es necesaria la inclusión de los temas de *su* cuidado y preservación dentro de cada disciplina, para la nuestra propia.

CAPÍTULO I. CAMBIO CLIMÁTICO. TEORÍA, EVIDENCIA Y MARCO JURÍDICO.

1. Concepto de Crisis Ambiental.	7
2. El Cambio Climático.	9
A. ¿Qué es el Cambio Climático?	10
B. El Costo del Cambio Climático: Sus Efectos Económicos y Sociales y el Informe Stern.	18
3. La Respuesta Jurídica Internacional.	23
A. Regulación Jurídica Internacional para el Cambio Climático.	24
a) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.	24
i. Negociación y Firma.	24
ii. Objetivos.	26
b) El Protocolo de Kyoto.	27
i. Negociación y Firma.	28
ii. Objetivos.	29
c) El estado actual de las negociaciones ambientales en materia de Cambio Climático.	31

1. Concepto de Crisis Ambiental.

El ser humano es (somos) autor intelectual y fáctico de la *Crisis Ambiental*:

Intelectualmente, el concepto de *Crisis Ambiental* es antropocéntrico, es una construcción social de reciente creación, es decir, somos los seres humanos los que la hemos conceptualizado a partir de un proceso reflexivo de percepción y valoración humana que recientemente la ha identificado como un problema global.

Fácticamente, la crisis ambiental es un fenómeno antropogénico³ proveniente de las acciones o falta de acción de nuestra especie. Es decir, no es un proceso natural. La hemos identificado con varias características: alteraciones y afectaciones climatológicas de gran magnitud y profundidad, fenómeno global, actual, irreversible, de gran escala, acelerado, etc. Y se manifiesta de diversas formas por ejemplo: contaminación del agua, el aire y el suelo, deforestación, desertificación, urbanización, cambio climático global, etc.

En suma, la crisis ambiental es resultado de las interrelaciones entre fuerzas, estructuras y procesos de los sistemas sociales que hemos desarrollado⁴. Esta se puede explicar a partir de una *constante histórica* en la historia de la humanidad: la satisfacción de necesidades a partir de la explotación [sin control] de los recursos naturales, identificada como “desarrollo”.

El continuo paso a la modernidad requiere de altos niveles de consumo de energía y del incremento de la productividad y la producción. Lo que ha significado una mayor necesidad de recursos y una multiplicación de actividades deteriorantes o destructivas del medio ambiente. Sin embargo, el crecimiento exponencial del que dependemos en la actualidad, ha llegado a amenazar seriamente el equilibrio de la biósfera, el entorno en el que vivimos, y por tanto nuestra existencia misma tal como la conocemos hoy⁵.

³ Resultante o producido por acciones humanas.

⁴ KAPLAN, Marcos, Aspectos Sociopolíticos del Medo Ambiente, en PEMEX Ambiente y energía. Los retos del futuro., Ed. UNAM/UNAM, México, 1995, p. 42.

⁵ KAPLAN, Marcos, La Crisis Ambiental: Análisis y Alternativas. Ed. IJ-UNAM, México, 1996, p. 88-122.

Esta reflexión ha generado conciencia de problemas existentes que más que afectar a “la naturaleza” o al “medio ambiente” nos afectan a nosotros como especie, y por tanto exigen una respuesta humana para plantear soluciones. Además, los problemas ambientales han adquirido tal magnitud y se han desarrollado a tal escala, que las soluciones requeridas deben corresponder a ellos, traduciéndose en verdaderos esfuerzos de cooperación multilateral.

Es a partir de ésta idea, que el Derecho Internacional aparece como un instrumento necesario para enfrentar los nuevos desafíos que están relacionados con el sistema de desarrollo imperante en los países industrializados, y cuyas posibles soluciones deben necesariamente valorar las implicaciones económicas y sociales globales así como el derecho al desarrollo de los Estados más pobres.

Particularmente, el régimen multilateral de Derecho Comercial Internacional, en tanto inserto dentro del sistema de Derecho Internacional, tiene un gran potencial para buscar soluciones, por tratar constantemente con medidas unilaterales que en varias ocasiones, sin que ese sea su cometido, influyen en los flujos o relaciones comerciales de los Estados, e intentar regularlas armónicamente.

En la presente tesis se abordará al cambio climático como el problema principal de la Crisis Ambiental. Elegí al Cambio Climático pues ha tenido una regulación jurídica que se relaciona de manera palpable con el Comercio Internacional, en ocasiones podría pensarse, como *obstáculo* o como *desafío*: algunos dirán que las reglas comerciales constituyen un obstáculo para la protección del medio ambiente, mientras otros, que las reglas ambientales constituyen obstáculos para la liberalización comercial. La intención es encontrar y entender aquellos puntos donde ambas regulaciones son necesarias y benéficas entre sí, partiendo de la premisa de que *el desarrollo sostenible es el vínculo entre la protección al ambiente y el desarrollo en general*⁶, que es el fin último del comercio internacional.

⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, Cursos de Política Comercial. Publicaciones OMC, Suiza 2003, p. 25.5

2. El Cambio Climático.

El fenómeno del Cambio Climático es un desafío actual que ha captado la atención global de la mayoría de las disciplinas humanas. La investigación científica se ha encargado de explicar y demostrar en qué consiste el fenómeno, cómo aparece estar asociado a la acción industrial del ser humano y las implicaciones que este tiene y tendrá de no trabajar en posibles soluciones. Casi la totalidad de los científicos avocados al estudio del cambio climático, lo refieren como un problema serio y urgente, así como global en sus causas, consecuencias y dimensiones.

El ser catalogado como un problema global, representa para la Comunidad Internacional, una serie de nuevos retos.

La Ciencia Jurídica, puede desempeñar un papel fundamental en el desarrollo de normas y políticas que propongan soluciones a estos retos. Pero para ello, es necesario comprender el problema y sus dimensiones.

Específicamente el régimen jurídico del comercio exterior, tiene también especial injerencia fundamentalmente en tres temas:

- a) el debate entre el desarrollo vs. medio ambiente;
- b) la implicación de las grandes inversiones económicas y cooperación multilateral que requieren la adaptación y mitigación del fenómeno de cambio climático; y
- c) la relación entre medidas empleadas con la finalidad de proteger al ambiente, pero que al mismo tiempo interfieren con reglas comerciales (o viceversa).

Siguiendo éste orden de ideas, se dará una explicación de en qué consiste el Cambio Climático, cuáles son los efectos económicos que éste tiene y tendrá, y específicamente, los efectos que tendrá sobre el comercio exterior, así como la regulación jurídica internacional que se le ha dado.

A. ¿Qué es el Cambio Climático?

Podemos encontrar una definición convencional en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, un texto jurídico internacional que define en su Artículo 1 al Cambio Climático como:

“Artículo 1: Definiciones.

(...)

Por cambio climático se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.

[Énfasis añadido]

(...)”⁷

El fenómeno del cambio climático se caracteriza por un incremento en la temperatura media de la Tierra, por lo que se le ha llamado también calentamiento global. Este tema ha tenido repetidas discusiones en la comunidad científica internacional a cerca de sus causas, su trascendencia y su aparente asociación con la actividad industrial del ser humano. Sin embargo en los últimos años se ha alcanzado un consenso a cerca de sus probables causas y de su gran trascendencia global. Y se ha explicado científicamente asemejándolo con el funcionamiento potenciado de un invernadero:

El clima en la Tierra es una cuestión sumamente compleja por la diversidad de factores que interactúan e influyen en él. El fenómeno del cambio climático se expresa llanamente como un calentamiento a nivel global que puede explicarse desde la atmósfera.⁸

⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, Artículo 1; New York, E.U.A; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

⁸ De acuerdo con la definición del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (PICC), el órgano creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial y por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente para el estudio científico del estado actual del Cambio Climático así como de sus consecuencias socio-económicas y su difusión, la **atmósfera** es la cubierta gaseosa que rodea la Tierra. La atmósfera seca está formada casi en su integridad por nitrógeno (78.1 por ciento de la proporción de mezcla de volumen) y por oxígeno (20.9 por ciento de la proporción de mezcla de volumen), junto con una serie de pequeñas cantidades de otros gases como argón (0.93 por ciento de la mezcla de volumen), el helio, y *gases radiativos de efecto invernadero* como el *dióxido de carbono* (0.035 por ciento de la mezcla de

La atmósfera se asemeja al cristal de un invernadero, y es gracias a éste mecanismo que es posible la vida en la Tierra, pues mantiene su temperatura estable, ya que impide que el calor de los rayos del Sol reflejados por la superficie terrestre se pierda, concentrándolo en la biósfera⁹. El físico sueco Sven Arrhenius describió este fenómeno, explicando que el CO₂ permite la entrada a la atmósfera de los rayos solares de onda corta, pero cuando la Tierra irradia estos rayos de regreso con una mayor longitud de onda, el CO₂ impide su salida reteniendo el calor en la atmósfera. Esto sucede por los componentes que la integran, denominados gases de efecto invernadero (GEI)¹⁰: vapor de agua (H₂O), dióxido de carbono (CO₂), óxido nitroso (N₂O), metano (CH₄) y ozono (O₃) principalmente, cuyas propiedades actúan permitiendo el paso de la radiación solar de onda corta (la radiación que recibe la Tierra del Sol), mientras absorben la de onda larga (que es aquella radiación que emite la Tierra de regreso hacia la atmósfera, y hacia el espacio exterior). Este mecanismo ha existido desde antes que existiera la vida en la Tierra, es su alteración lo que ha comenzado a provocar efectos nocivos.

La presencia de estos gases en forma natural en la atmósfera contribuye a la estabilidad del clima, no obstante, la actividad industrial humana ha sido responsable de un gran aumento en las emisiones de éstos, principalmente de CO₂ (debido a la quema de combustibles fósiles), lo que ha ocasionado un incremento en su concentración en la atmósfera y la inclusión de otros

volumen) y el ozono. Además, la atmósfera contiene vapor de agua, con una cantidad variable pero que es normalmente de un 1 por ciento del volumen de mezcla. La atmósfera también contiene nubes y *aerosoles*.

Definición tomada del Glosario de la página web del PICC: <http://www.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-sp.pdf>

Consultada el 07 de junio del 2010.

⁹ La biósfera es parte del sistema terrestre que comprende todos los ecosistemas y organismos vivos en la atmósfera, en la tierra (biósfera terrestre), o en los océanos (biósfera marina), incluida materia orgánica muerta derivada (por ejemplo, basura, materia orgánica en suelos y desechos oceánicos).

Definición tomada del Glosario de la página web del PICC: <http://www.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-sp.pdf>

Consultada el 07 de junio del 2010.

¹⁰ El PICC ha definido los Gases de Efecto Invernadero (GEI) como: Gases integrantes de la *atmósfera*, de origen natural y *antropogénico*, que absorben y emiten radiación en determinadas longitudes de ondas del espectro de *radiación infrarroja* emitido por la superficie de la Tierra, la atmósfera, y las nubes. Esta propiedad causa el efecto invernadero. El vapor de agua (H₂O), *dióxido de carbono* (CO₂), *óxido nitroso* (N₂O), *metano* (CH₄), y *ozono* (O₃) son los principales gases de efecto invernadero en la atmósfera terrestre. Además existe en la atmósfera una serie de gases de efecto invernadero totalmente producidos por el hombre, como los *halocarbonos* y otras sustancias que contienen cloro y bromuro, de las que se ocupa el *Protocolo de Montreal*. Además del CO₂, N₂O, y CH₄, el *Protocolo de Kyoto* aborda otros gases de efecto invernadero, como el *hexafluoruro de azufre* (SF₆), los *hidrofluorocarbonos* (HFC), y los *perfluorocarbonos* (PFC)

Definición tomada del Glosario de la página web del PICC: <http://www.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-sp.pdf>

Consultada el 07 de junio del 2010.

nuevos con propiedades similares¹¹. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ha definido a los GEI como:

"Artículo 1 definiciones:

(...)

Por gases de efecto invernadero se entiende aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos (de origen humano), que absorben y re-emiten radiación infrarroja.

(...)"¹²

Los GEI que se encuentran en la atmósfera de manera natural son:

- Vapor de agua (H₂O)
- Dióxido de carbono (CO₂)
- Metano (CH₄)
- Óxido nitroso (N₂O)
- Ozono (O₃)

Mientras que aquellos que han sido introducidos o que su proporción ha aumentado debido a la actividad industrial humana son:

- Dióxido de carbono (CO₂) proveniente principalmente de la quema de combustibles fósiles.
- Metano (CH₄) producido en la descomposición anaerobia en los sistemas biológicos naturales como humedales, mares, lagos y en la fermentación entérica de los rumiantes.
- Óxido nitroso (N₂O) proveniente de los abonos nitrogenados utilizados en la agricultura.
- Perfluorometano (CF₄) y perfluoroetano (C₂F₆)
- Hidrofluorocarbonos (nombres comerciales: HFC-23, HFCS-134a, HFC-152a) sustitutos de los clorofluorocarbonos.
- Hexafluoruro de azufre (SF₆) Estos últimos, sustancias creadas artificialmente para actividades industriales.¹³

El principal GEI alterado por el hombre ha sido el dióxido de carbono (CO₂). Esto se debe a la intensa quema de combustibles fósiles, que resulta tanto de las actividades cotidianas como de

¹¹ GILES CARNERO Rosa, La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional, Ed. Universidad de Huelva Publicaciones, España, 2003, p. 134.

¹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático"; Artículo 1; óp. cit.

¹³ Ésta información se obtuvo de la página web del Instituto Nacional de Ecología, en la sección de preguntas frecuentes, consultada el 31 de junio de 2010. Disponible en: http://cambio_climatico.ine.gob.mx/pregfrecuentes.html.

las actividades industriales. El aumento en la concentración de estos gases en la atmósfera, ha producido que el cristal al que fue asemejada la atmósfera se engrose, lo que ocasiona una alteración en su equilibrio natural, provocando un trastorno climático caracterizado por un constante aumento de la temperatura media global, conocido como calentamiento global.

Estos gases (GEI) pueden ser emitidos a la atmósfera por una “fuente”¹⁴ o absorbidos y transformados por un “sumidero”¹⁵. De aquí que, aunado al problema del gran incremento de emisiones efecto invernadero, nos topemos también con el problema de la escasez de sumideros naturales, mecanismos que favorecerían un decremento natural en la proporción de GEI en la atmósfera. Esta escasez es atribuida principalmente al cambio de uso de suelos: deforestación masiva de bosques y selvas para agricultura, ganadería y urbanización.

La atribución de éste trastorno climático a la actividad humana ha sido cuestionada por algunos científicos, ya que en varias ocasiones previas, nuestro planeta ha sufrido severas alteraciones climatológicas a través de su historia. Por ejemplo las glaciaciones y los periodos interglaciares. No obstante, existen varias pruebas contundentes que han logrado la mayoría del consenso científico asociando la actividad humana con el aumento en la concentración de GEI en la atmósfera.

Otro factor muy importante en este consenso científico, han sido los informes presentados por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (PICC). El PICC¹⁶, es el grupo de trabajo conformado por aproximadamente dos mil científicos y técnicos de todo el mundo, creado en 1988 conjuntamente por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (PNUMA), especialmente para dedicarse al estudio científico, técnico y socioeconómico tanto de las causas como de las consecuencias del Cambio Climático Global, así como a la difusión de datos mediante la publicación de informes quinquenales generales, e informes especiales.

¹⁴ El PICC define las “fuentes” como: Una fuente es cualquier proceso, actividad o mecanismo que emite a la atmósfera algún gas efecto invernadero, un aerosol o un precursor de gases efecto invernadero. Definición tomada del Glosario de la página web del PICC: <http://www.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-sp.pdf> Consultada el 07 de junio del 2010.

¹⁵ El PICC define a los sumideros como: cualquier proceso, actividad o mecanismo que retira de la *atmósfera* un *gas de efecto invernadero*, un *aerosol*, o un *precursor* de gases de efecto invernadero. Definición tomada del Glosario de la página web del PICC: <http://www.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-sp.pdf> Consultada el 07 de junio del 2010.

¹⁶ Véase nota al pie número 8 en la página 9.

El PICC es un grupo abierto a todos los miembros de la ONU y de la OMM y actualmente, se ha convertido en la fuente principal de información científica y técnica para los gobiernos y los diferentes tipos de organizaciones que actúan y toman decisiones en este ámbito.

En sus informes se afirma que el calentamiento global es inequívoco, y que está más acentuado en las latitudes septentrionales superiores. Observaciones efectuadas en todos los continentes y en la mayoría de los océanos evidencian que numerosos sistemas naturales están siendo afectados por cambios del clima regional, particularmente por un aumento de la temperatura. Debido a este aumento de temperatura se ha observado que:

- El aumento promedio del nivel del mar se ha acentuado muy rápidamente entre 1993 y 2003 (debido al deshielo de glaciares, casquetes de hielo y mantos de hielo polares).
- Existe una acelerada disminución en las extensiones de nieve y hielo en ambos hemisferios.
- Ha habido un notable incremento en las precipitaciones en las regiones de América del Norte y partes orientales de América del Sur, Europa Septentrional y Asia Central y Septentrional;
- Las superficies de tierra afectadas por las sequías han aumentado significativamente en las regiones del Mediterráneo, el sur de África y el sur de Asia.
- Ha habido una mayor frecuencia de olas de calor.
- La actividad ciclónica tropical en el Atlántico Norte ha aumentado también.

Como parte de los pronósticos, se plantean algunos de los impactos socioeconómicos del cambio climático:

En particular, el aumento de la temperatura afectaría:

- La gestión agrícola y forestal en latitudes superiores del Hemisferio Norte, por ejemplo en una plantación más temprana de los cultivos en primavera, y en alteraciones de los regímenes de perturbación de los bosques por efecto de incendios y plagas;
- Ciertos aspectos de la salud humana, como la mortalidad a causa del calor en Europa, o una alteración de los vectores de enfermedades infecciosas en ciertas áreas, o de los pólenes alergénicos en latitudes altas y medias del Hemisferio Norte;

- Ciertas actividades humanas en la región ártica (por ejemplo, la caza, o los viajes a través de nieve o hielo) y en áreas alpinas de menor elevación (por ejemplo, los deportes de montaña).¹⁷

Así mismo, hay un alto nivel de evidencia respecto a que, aún con las prácticas de adaptación y mitigación que se están llevando a cabo como parte de las políticas locales, regionales y globales, habrá un aumento inevitable en las emisiones de GEI. De proseguir las emisiones de GEI a una tasa igual o superior a la actual, se pronostica que el calentamiento aumentaría y el sistema climático mundial experimentaría durante el siglo XXI numerosos cambios, muy probablemente con consecuencias mayores a las observadas durante el siglo XX.¹⁸

Sin embargo, todos los pronósticos son inciertos (dificultando la toma de decisiones), se encuentran basados en aproximaciones de modelos informáticos cada vez más complejos y sofisticados.

En el reporte especial sobre Escenarios de Emisiones presentado en 2009, el PICC se basa en cuatro líneas evolutivas de acuerdo a cómo podría desarrollarse la situación conforme a las diferentes factores que influyen en la cantidad de emisiones de GEI a la que nos enfrentemos hasta el año 2100. Cada una de ellas representa un cambio (o tendencia) demográfico, social, económico, tecnológico y medioambiental, que algunos podrán valorar positiva, y otros, negativamente. Cada una de las líneas evolutivas tiene diferentes características. En otras palabras,

...cada línea evolutiva está basada en una dirección de los acontecimientos futuros claramente diferenciada, de tal manera que las cuatro líneas evolutivas difieren con un grado de irreversibilidad creciente. En su conjunto, describen 40 futuros divergentes que cubren una parte considerable de las incertidumbres inherentes a las principales fuerzas determinantes. Abarcan una gran diversidad de características “futuras” decisivas, como el cambio demográfico, el desarrollo económico o el cambio tecnológico...¹⁹

¹⁷ PACHAURI Rajendra Kumar, REISINGER Andy (editores), *Resumen del Cuarto Informe para Responsables de Políticas: Climate Change 2007, Synthesis Report*, PICC, Suiza, p. 1.

(disponible en la página web del PICC http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/es/contents.html; consultada el 08 de septiembre de 2010).

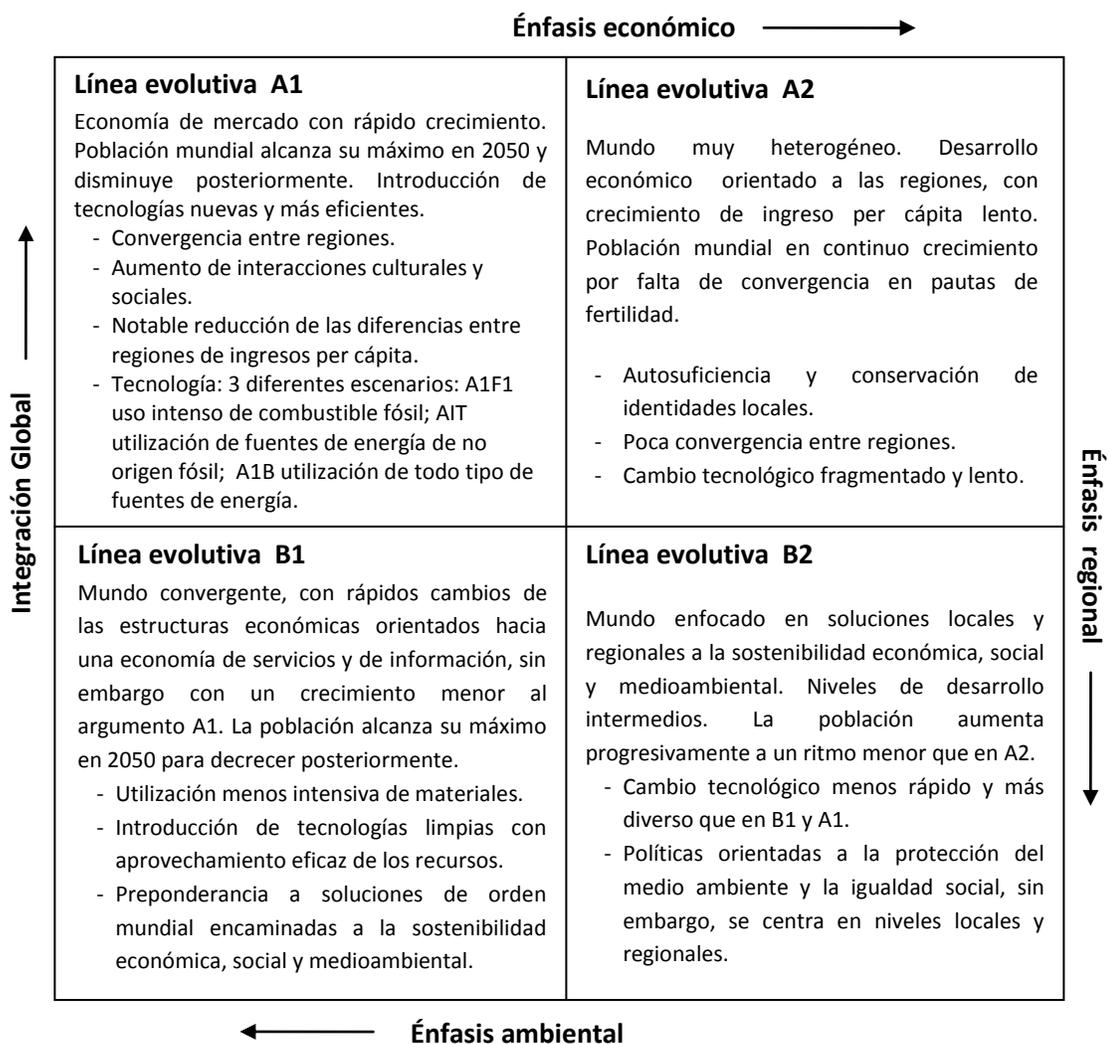
¹⁸ Ídem., p. 104.

¹⁹ MERTZ Bert, OGUNALDE Davidson (directores), *Resumen del Informe Especial sobre Escenarios de Emisiones para Responsables de Políticas*, PICC, Suiza, 2009, p. 9.

(disponible en la página web del PICC <http://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/spm/sres-sp.pdf>; consultada el 08 de septiembre de 2010).

En el siguiente cuadro se enlistan las principales características o tendencias de cada una de las líneas evolutivas.

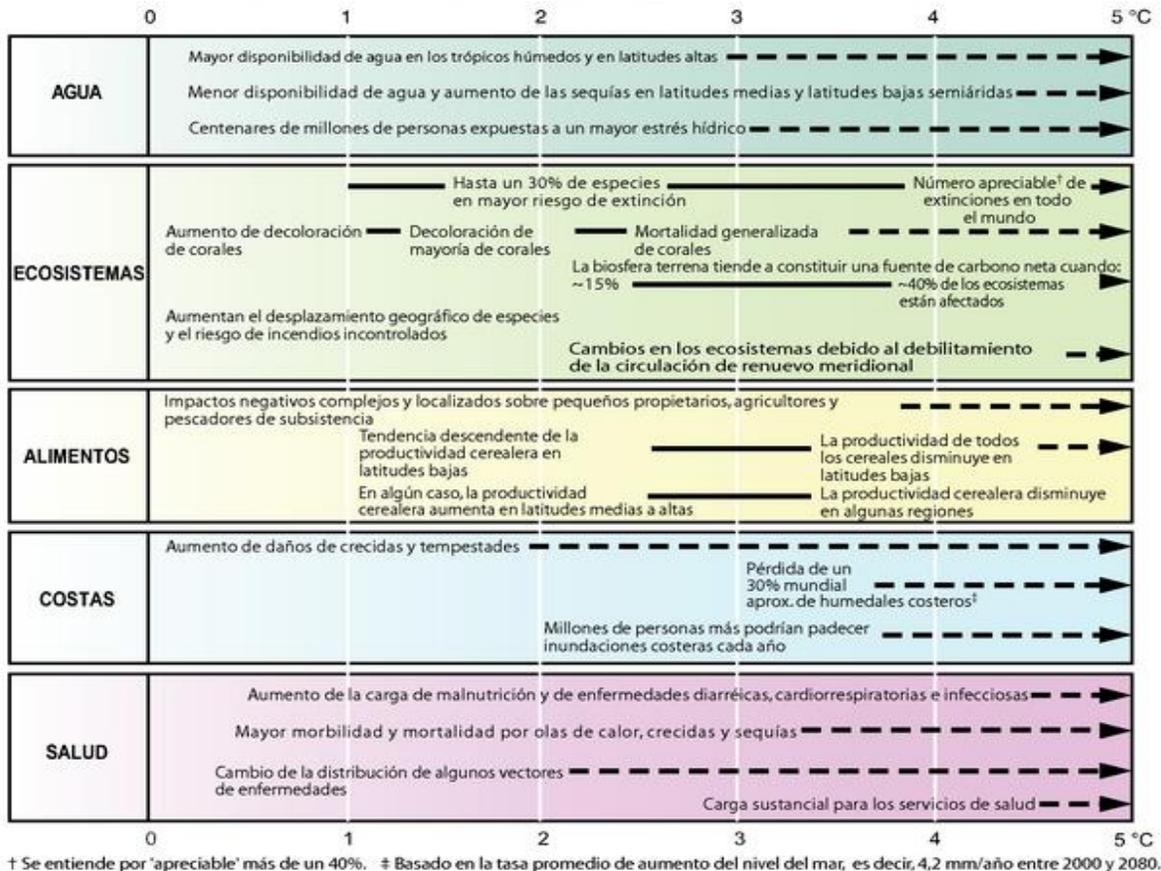
Características de los Escenarios IE-EE (*Informe Especial sobre Escenarios de Emisiones*)²⁰.



A cada escenario, le corresponderá un determinado aumento de temperatura. Algunos de los impactos mencionados en el informe cuya magnitud dependerá del nivel de incremento de la temperatura media de la Tierra, se pueden apreciar en la siguiente tabla:

²⁰ Basado en el cuadro presentado en PARRY Martin, CANZIANI Osvaldo, PAULTIKOF Jean Paul, *et al* (co-autoría), Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, Reino Unido, pág. 45.

Ejemplos de impactos asociados con el cambio anual medio mundial de la temperatura (los impactos variarán en función del grado de adaptación, de la tasa del cambio de la temperatura y de la vía socioeconómica)²¹



De lo anterior podemos deducir que el cambio climático implica numerosos factores, no sólo ambientales, y que trae consigo consecuencias sociales y económicas que al afectar el medio ambiente, afectan la vida humana, y que se traducen en costes económicos globales.

²¹ Cuadro tomado de PACHAURI R.K., REISINGER A. (editores), *Resumen del Cuarto Informe para Responsables de Políticas: Climate Change 2007, Synthesis Report*, PICC, Suiza, p. 3. (disponible en la página web del PICC http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/es/figure-spm-7.html; consultada el 08 de septiembre de 2010).

B. El Costo del Cambio Climático: Sus Efectos Económicos y Sociales y el Informe Stern.

El cambio climático ha sido descrito como una externalidad negativa. El autor Charles D. Kolstad define una externalidad negativa como *“aquellas que surgen cuando una acción realizada por un individuo o grupo, produce efectos perjudiciales o nocivos en otros”*²². Los efectos perjudiciales serán todos aquellos que resulten en cambios adversos al medio ambiente físico, ya sea en su composición, capacidad para adaptarse, en la productividad de ecosistemas naturales o creados, en las operaciones de sistemas socio-económicos, o en la salud y/o el bienestar humanos²³. La mayoría de estos efectos perjudiciales se puede medir en un impacto económico. Son precisamente estos impactos, aquellos con los que el régimen jurídico de comercio exterior, se encuentra más relacionado, por afectar la economía mundial y por su facilidad de verse traducidos en medidas o políticas restrictivas del comercio.

Los impactos económicos y los costos de adaptación serán variables de región a región, e incluso de Estado a Estado. Y el grado de variabilidad se ha mantenido incierto. Lo que si se ha aceptado como una conclusión general, es que aparentemente los países con una economía industrial diversificada y una fuerza laboral educada y flexible, sufrirán impactos menos graves que aquellos países con economías especializadas basadas en la explotación de recursos naturales, específicamente agricultura y silvicultura, y con una fuerza laboral débilmente desarrollada y dependiente de recursos físicos.²⁴

Los sectores que sufrirán con mayor probabilidad los efectos perjudiciales del cambio climático y que afectarán las economías tanto nacionales como internacional son 1) el abastecimiento de alimentos, 2) acceso a los suministros de agua dulce, 3) el incremento del nivel del mar y el agotamiento de la zona costera, 4) la frecuencia de tormentas, ciclones y tornados, 5) la frecuencia de olas de calor y enfermedades resultantes; además de las adaptaciones climáticas imprevisibles, que surjan como resultado de la adaptación del ambiente a los vertiginosos incrementos de temperatura.

²² KOLSTAD Charles D., *Environmental Economics*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2000, p. 91.

²³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, Artículo 1; óp. cit.

²⁴ Cfr. GILLESPIE Alexander, *Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution*, Legal Commentaries with Policy and Science Considerations, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2006, pp. 103-104.

1) Abastecimiento de alimentos. Se han identificado tanto impactos benéficos como perjudiciales para los principales suministros de alimentos como la agricultura, la ganadería y los recursos alimenticios marinos.

Los efectos perjudiciales del cambio climático en las fuentes de alimentos no han sido fáciles de identificar. Las causas de afectaciones varían de país a país. Entre las causas típicas se encuentran cultivos que no soportan calor excesivo y sequías. Los cambios en el clima pueden crear también condiciones de infertilidad en la tierra. En suma, de acuerdo con el PICC estos impactos reducirían la producción agrícola y ganadera, principalmente en las zonas tropicales y sub-tropicales, que coinciden con países en vías de desarrollo. El PICC añadió además, que los países menos desarrollados, continuarían enfrentando severos problemas para que la agricultura se adapte a los cambios actuales del clima. No obstante, a pesar de que la predicción de los impactos desfavorables es desalentadora para éstos países, faltan por evaluar consideraciones macro-económicas que pueden apoyar en la adaptación a éstos efectos, aquí, desempeñará un papel fundamental el comercio internacional de bienes alimenticios.

2) Acceso a suministros de agua dulce. En los cuatro informes del PICC, el estrés hídrico²⁵ ha sido reconocido como uno de las circunstancias más retadoras del cambio climático. La demanda de agua potable crece cada vez más, sin estar siquiera plenamente satisfecha en la actualidad: la cifra brindada por el PICC en un Informe relativo a vulnerabilidad revela que, hoy existen alrededor de 1,700 millones de personas viviendo en zonas marginales con un alto nivel de estrés hídrico. Se proyecta además, un aumento hacia aproximadamente 5,000 millones para el año 2025. La creciente temperatura podría así mismo disminuir el flujo de agua corriente y mantos acuíferos subterráneos en las regiones de Asia central, el sur de África y países alrededor del Mediterráneo. La principal afectación de la escasez de agua dulce son la vida y la salud humanas, no obstante otros efectos económicos importantes derivados de las sequías, serán la

²⁵ El estrés hídrico es provocado cuando la demanda de agua excede la cantidad disponible durante un periodo de tiempo determinado o cuando su uso se ve restringido por su baja calidad. El estrés hídrico provoca un deterioro de los recursos de agua dulce en términos de cantidad (acuíferos sobreexplotados, ríos secos, etc.) y de calidad (eutrofización, contaminación de la materia orgánica, intrusión salina, etc.) definición tomada del glosario de términos ambientales del Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, localizado en la página web del mismo:

http://www.grid.unep.ch/product/publication/freshwater_europe/glos.php#w consultado el día 02 de septiembre de 2010.

disminución del nivel de agua en las presas, que tendrá como consecuencia una menor capacidad para producción de energía eléctrica y la disminución de agua corriente para sistemas de riego, lo que ocasionará una productividad agrícola.

3) Incremento del nivel del mar y agotamiento de las zonas costeras. Se ha notado con absoluta certeza que el nivel del mar en los últimos 100 años ha crecido entre 10 y 20 centímetros; y se concluye que éste seguirá aumentando como consecuencia del calentamiento del planeta debido a la expansión térmica y a la pérdida de masa en los glaciares y las capas de hielos polares. Aunque es difícil saber en qué medida y en qué regiones habrá un mayor aumento, para las áreas costeras, el cambio climático representa una amenaza constante tanto por el aumento explicado como por la agudización de perturbaciones climatológicas (huracanes, tormentas tropicales). Es por ello que las áreas costeras son consideradas en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, como “particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático”²⁶. El efecto más grave que puede traer el aumento del nivel del mar será una mayor frecuencia en inundaciones costeras.

En los años noventa, había cada año alrededor de 46 millones de personas que se encontraban en riesgo de sufrir inundaciones debido a tormentas tropicales; si el nivel del mar aumentara a 50 centímetros, la cifra aumentaría a 92 millones de personas en riesgo; con un aumento de 1 metro, serían 118 millones.²⁷ Los principales afectados serían los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (PEID's) quienes se encuentran en el primer plano de los riesgos presentados por el cambio climático, como fue reconocido en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²⁸, calificados también como “particularmente vulnerables a los efectos adversos”²⁹.

²⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, Preámbulo. Párrafo 19; óp. cit.

²⁷ JONES, Roger N. *et al*, *Climate Change 2001: Impacts, Adaptation and Vulnerability*; Cambridge University Press, Reino Unido, 2003, pp. 3, 4 y 8.

²⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, Preámbulo. Párrafo 12; óp. cit.

²⁹ Es lamentable, que los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo se encuentren entre aquellos Estados que menos han contribuido a las emisiones de GEI, las alteraciones del clima y el incremento del nivel del mar, y sin embargo, se encuentren también entre aquellos que sufrirán más gravemente las consecuencias de dichos fenómenos, y que podrían en algunos casos convertirse en tierras inhabitables. Véase, *Report of the Global Conference on the Sustainable Development of Small Island Developing States*. A/CONF.167/9. Annex I, Section III, Octubre, 1994.

4) Frecuencia de tormentas, ciclones y tornados. El debate acerca de la relación del incremento global de la temperatura con estos fenómenos meteorológicos continúa aun en pie. Sin embargo la Resolución del año 2000 de la Conferencia de Estados Parte, señaló que “*el calentamiento global puede contribuir a una mayor frecuencia y severidad de fenómenos meteorológicos extremos*”³⁰. Otra conclusión clara ha sido el aumento de grandes pérdidas económicas ocasionadas por daños relacionados con el clima, que se dio a finales del siglo XX, con el gran número de desastres climatológicos cuya frecuencia se incrementó a partir de 1960. A pesar de estos datos, la relación entre unos y otro se mantiene incierta. Aseverándose únicamente la incidencia del calentamiento global en la frecuencia y magnitud de las precipitaciones en algunas regiones.

5) Frecuencia de olas de calor y enfermedades resultantes. El aumento de olas de calor tendrá un impacto distintivo en algunos sectores humanos. Se estima que la ola de calor sucedida en Europa en el año 2003, fue responsable de la muerte de al menos 35 mil personas.³¹ Las olas de calor pueden llegar a afectar poblaciones urbanas enteras, quienes se expondrán también a enfermedades y desórdenes relacionados, como la deshidratación, la hipertermia, los golpes de calor, el agotamiento por calor, origen de alergias, e incluso se corre el riesgo de que resurjan enfermedades como la fiebre del dengue, la malaria o el virus del Nilo Occidental.³²

a. El Informe Stern.

A partir de la abundante y determinante evidencia de los impactos socioeconómicos ocasionados por el cambio climático, el economista inglés Lord Nicholas Stern³³, fue encomendado en julio de 2005 con la realización de un reporte que, basándose en los datos sobre las repercusiones del cambio climático y utilizando diversas técnicas para la evaluación de valores y riesgos, aportara conclusiones sobre sus costes económicos. Este reporte fue conocido como Informe Stern, y brindó aportaciones económicas generales de suma importancia. Entre las principales conclusiones del Informe destacan:

³⁰ *Resolution 1/CP.6. Solidarity with Southern African countries, particularly with Mozambique.*

³¹ ANÓNIMO, *Heat weaves are here to stay*, en la revista *New Scientist* del 21 de agosto de 2007, p. 17.

³² *Cfr.*, GILLESPIE Alexander, *Op. Cit.*, pp. 103-122.

³³ Nicholas Stern desempeñó anteriormente el cargo de Jefe de Economistas del Banco Mundial, y actualmente funge como Director del Servicio Económico del Gobierno Británico

- De permanecer inactivos, el coste y riesgo total del cambio climático equivaldrá a la pérdida de un mínimo del 5% anual del PIB global, de ahora en adelante. Teniendo en cuenta una gama de riesgos y consecuencias más amplios, los cálculos de los daños que se producirían podrían aumentar a un mínimo del 20% del PIB mundial anual. Sin embargo, el coste actual de la adopción de medidas de mitigación para limitar las emisiones de GEI y así evitar, en la medida de lo posible, las peores consecuencias del calentamiento global, asciende únicamente al 1% del PIB mundial anual. Las inversiones realizadas dentro de los próximos 10 a 20 años serán determinantes para el cambio del clima de finales de este y el siglo próximo.

- Aunque parezca que la adopción de medidas de mitigación y adaptación amenaza con inhibir el crecimiento económico de los Estados, la realidad es que las acciones que se tomen generarán también grandes oportunidades comerciales. El mercado de tecnologías energéticas, mercancías y servicios bajos en carbono, podrían alcanzar un valor anual de miles de millones de dólares y constituir una importante fuente de empleo. Sin mencionar que, a largo plazo, hacer frente al cambio climático es la estrategia si no única, adecuada, a favor del crecimiento. Sin embargo esto requerirá de medidas de política firmes y deliberadas que motiven su aceptación.

- El cambio climático es el mayor fracaso económico jamás visto en el mundo, fracaso que entra en interacción con otras imperfecciones del mercado. Toda respuesta global eficaz requerirá tres elementos de política: el precio del carbono, aplicado por medio de impuestos, comercio o reglamentación; una política de apoyo a la innovación y a la aplicación de tecnologías bajas en carbono; y finalmente, la adopción de medidas para eliminar cualquier barrera a la eficiencia energética e informar, educar y persuadir a la sociedad sobre lo que se puede hacer, a nivel individual, para responder al fenómeno.

- El mundo no tiene que elegir entre evitar el cambio climático y promover el crecimiento y el desarrollo. Mediante la introducción de opciones deliberadas de política, será posible reducir las emisiones de las economías desarrolladas y en desarrollo en la escala necesaria para lograr una estabilización de la situación en la gama requerida, sin afectar el crecimiento.

- La efectividad de las inversiones en tecnología innovativa por todo el mundo podría verse incrementada mediante una mezcla de coordinación informal y de acuerdos formales. A escala mundial, el apoyo a la innovación y desarrollo en el sector energético debería duplicarse,

como mínimo. Mientras que el apoyo a la aplicación de nuevas tecnologías bajas en carbono debería quintuplicarse.

- La pérdida de los bosques en el mundo contribuye más a las emisiones globales anuales que el sector del transporte. Toda reducción en la deforestación es un método altamente rentable para reducir las emisiones, siendo posible que se pongan muy pronto en marcha vastos programas piloto internacionales para explorar la forma más adecuada de conseguirlo.³⁴

3. La Respuesta Jurídica Internacional.

La gravedad de las probables consecuencias del deterioro ambiental, afortunadamente también ha ocasionado que la Comunidad Internacional responda prestando especial atención a la búsqueda de soluciones como parte de las políticas internacionales apremiantes. Así surgieron numerosas negociaciones para desarrollar regímenes internacionales de protección ambiental, y con ellas, la creación de una nueva rama en el sistema de Derecho Internacional, el Derecho Ambiental Internacional, que eleva la característica ética de cuidado del medio ambiente, primero a compromisos de cooperación internacional y posteriormente compromisos vinculantes entre sujetos del Derecho Internacional.

La evolución del Derecho Ambiental Internacional en los últimos 40 años es también reflejo del creciente nivel de conciencia internacional sobre los problemas ambientales globales. El número de instrumentos legales e instituciones establecidos para abordar las cuestiones ambientales ha crecido notablemente, así como también ha crecido el número de disciplinas de estudio que han prestado atención a su vínculo con los temas ambientales. De este modo, a partir de los años ochentas se identifica al Derecho Ambiental Internacional como una disciplina académica diferenciada y no simplemente como Derecho Internacional aplicado a problemas ambientales. El Derecho Ambiental Internacional no sólo tiene sus propios problemas y normas sustantivas, sino también sus propias estructuras y procesos y su propio conjunto de

³⁴ STERN NICHOLAS, Stern Review on the Economics of Climate Change, Cambridge University Press, Reino Unido, 2006.

herramientas conceptuales y metodologías.³⁵ Claro que tiene sus raíces en el Derecho Internacional, pues es parte de él y está basado en sus principios, tales como derecho consuetudinario, derecho de los Tratados, la ley de responsabilidad de los Estados y reglas de competencia entre otras, cuya importancia es aún mayor cuando su aplicación involucra no sólo Derecho Ambiental sino alguna otra rama del Derecho Internacional, como en éste estudio, es el caso del Derecho Comercial Internacional.³⁶

A. Regulación Jurídica Internacional para el Cambio Climático.

Existen dos textos jurídicos internacionales que tienen como objetivo principal contrarrestar el cambio climático. Ambos son resultado de las negociaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en 1992 en Río de Janeiro, que a su vez, es producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972.

Por el grado de incertidumbre científica, el marco jurídico que decidió adoptarse, debía estar caracterizado por la capacidad de evolución y flexibilidad que propusieran un desarrollo jurídico continuo, por lo que se optó por un convenio marco que fijara los principios y compromisos, desarrollado por protocolos que trataran los compromisos específicos vinculantes. Hasta la fecha sólo hay un protocolo que vuelve a abrir líneas de actuación y no ha logrado dar solución a los problemas concretos.³⁷

a) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

i. Negociación y Firma.

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, fue adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, y abierta a firma en Río de Janeiro, donde fue suscrita por 155

³⁵ HARVARD LAW REVIEW EDITORS, *Developments in the Law: International Environmental Law*, Ed. Harvard University, Estados Unidos, 2000, pp. 1484-1489.

³⁶ BODANSKY, Daniel, BRUNEE Jutta, and HEY Ellen, *International Environmental Law: Mapping the Field*, en BODANSKY, BRUNEE y HEY *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2007, pp. 1-6.

³⁷ GILES CARNERO, R. *Op. cit.*, pp. 146.

Estados y la CE³⁸. Después de su proceso de ratificación entró en vigor el 23 de diciembre de 1993.³⁹

La negociación de este instrumento fue el resultado de un esfuerzo internacional para enfrentar el cambio climático como uno de los principales problemas ambientales mundiales, y como una preocupación común de la humanidad. La negociación se llevó a cabo en seis sesiones entre 1991 y mayo de 1992. Las posturas no concurrían, debido a la diversidad de intereses de los Estados participantes en las negociaciones y la importante afectación a intereses económicos, sociales y ambientales que representaría el futuro convenio.

Las discusiones versaban principalmente sobre la inclusión de cláusulas obligatorias de reducción de GEI y sobre el mecanismo financiero por el que debía optarse. Además, era claro que había un cúmulo de intereses económicos y de competitividad sobre los acuerdos que se adoptaran, razón por la cual EUA pugnaba por un régimen general no vinculante en el que las reducciones no fueran de CO₂ (por ser el mayor emisor) sino de todos los GEI, mientras la CE proponía estabilización de las emisiones de CO₂ a los niveles de 1990, y ayuda financiera a países en desarrollo afectados por los efectos del cambio climático.

Mientras tanto, los países en desarrollo argumentaban que el 75% de las emisiones existentes provenían de países desarrollados, y que ellos habían invertido en tecnologías para su crecimiento económico que ahora resultaban ser contaminantes. Ante todo, les preocupaba defender su capacidad para el aumento de consumo energético, necesario para su desarrollo económico.

Todas estas posiciones se enfrentaron en las sesiones de negociación y durante la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo a celebrar en Rio de Janeiro en 1992, para culminar con un proyecto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, caracterizado únicamente por la idea central de cooperación y flexibilidad.⁴⁰

³⁸ México firma la Convención, el 13 de junio de 1992 y se adhiere por medio de ratificación del Senado el 03 de diciembre de 1992. Publicación de su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

³⁹ GILLESPIE ALEXANDER, *Op. cit.*, 179-184.

⁴⁰ GILES CARNERO ROSA., *Op. cit.*, pp. 146-164.

El proyecto resultó mucho menos ambicioso de lo que se esperaba, pues para ser eficaz, requería del mayor número de Estados participantes, dando un poder negociador importante a cada uno. Finalmente, a propuesta de la Comunidad Europea, se llegó a un acuerdo por el cual los países desarrollados debían estabilizar sus emisiones de GEI al nivel de las emisiones de 1990. En el texto que se adoptó, era claro que el objetivo de estabilización no era jurídicamente vinculante. Sin embargo, cabe resaltar que fue un compromiso tomado por prácticamente toda la Comunidad Internacional, para colaborar en la gestión de un problema que afecta a la humanidad en su totalidad, y que pretendió ser el inicio de un camino en la regulación internacional sobre el clima.

ii. Objetivos.

Con la Convención, se iniciaba un trabajo que debía desarrollarse en las subsiguientes Conferencias de las Partes. Y así, en el Artículo 2 se reconoce que el objetivo último tanto de la Convención, como de cualquier instrumento adoptado por las Partes que la desarrollen (esto es, incluye al Protocolo de Kyoto) es: *“lograr (...) la estabilización de las concentraciones de gases efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”*⁴¹. Este objetivo está basado en el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados, estableciendo distintos compromisos dependiendo del nivel de desarrollo particular de cada Estado, su contribución a las emisiones y su capacidad de respuesta.

Para esto los Estados principalmente aquellos desarrollados (en cumplimiento del principio de obligaciones comunes pero diferenciadas), deberán implementar acciones que busquen: por un lado estabilizar y limitar las emisiones de GEI, y por otro potenciar los procesos que fomenten el equilibrio natural antes mencionado (sumideros). Mientras aquellos en vías de desarrollo, únicamente deben cumplir obligaciones mínimas “voluntarias” en el entendido de que éste es un problema de la Humanidad en su totalidad, y contando con el apoyo técnico y financiero de los Estados desarrollados.

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, Artículo 2; New York, E.U.A.; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

Diferenciación de las Obligaciones para las Partes de la CMNUCC⁴².

Grupo de Países	ANEXO I	ANEXO II	NO ANEXO I
Miembros	- <u>Países industrializados</u> : los 24 miembros de la OCDE en 1992, 14 economías en transición y la Unión Europea.	- Países industrializados: 23 países de la OCDE, (sin Turquía) y la Unión Europea.	- <u>Países en desarrollo</u> .
Obligaciones de Mitigación	- Adopción de políticas y medidas con el objetivo de reducir las emisiones a los niveles de 1990. - Economías en transición gozan de “flexibilidad” en la implementación de compromisos.	- Proveer de recursos financieros que permitan a los países desarrollados mitigar el cambio climático. - Promover y facilitar transferencia de tecnologías para las economías en transición y países no Anexo I.	- La necesidades y preocupaciones de éste grupo están presentes en las negociaciones de las COP’s. - Sin obligaciones cuantitativas. - Los países menos desarrollados cuentan con consideraciones especiales.
Obligaciones de Adaptación	- Planear implementar y publicar estrategias para incluir la adaptación al cambio climático en las políticas de desarrollo.	- Asistencia a países en desarrollo en la adaptación al cambio climático.	- Planear implementar y publicar estrategias para incluir la adaptación al cambio climático en las políticas de desarrollo.

El cumplimiento de estos objetivos presentó algunos problemas técnicos, como por ejemplo, modular todo el trabajo en función de las necesidades humanas como la producción de alimentos y el desarrollo sostenible. Para ello, la Convención se apoyó (y continúa haciéndolo) del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático y los órganos subsidiarios creados por la propia Convención, quiénes están encargados de proporcionar los datos técnicos y científicos sobre el tema, a partir de los cuales se llevan a cabo las negociaciones⁴³.

b) El Protocolo de Kyoto.

⁴² Basado en el cuadro presentado en WTO, UNEP, *Trade and Climate Change*, WTO Publications, Suiza, 2009, p. 69.

⁴³ GILLESPIE A., *Op. cit.*, pp. 182-189.

i. *Negociación y Firma.*

Casi tan pronto como se firmó la Convención, comenzaron de nuevo presiones para concretar los objetivos de reducción de emisiones, quedaba claro que los objetivos establecidos resultaban inadecuados para lograr la meta a largo plazo, que era evitar la interferencia antropogénica peligrosa en el sistema climatológico terrestre. Se hablaba de establecer límites cuantificados y reducción de objetivos en periodos de tiempo específicos que debían ser acordados en las reuniones de la COP subsecuentes. En la segunda reunión de la COP en Ginebra en 1996 no hubo consenso alguno respecto de los límites de emisiones, sin embargo se acordó que debían iniciarse negociaciones de fondo que posibilitaran que en la tercera reunión de la COP en Kyoto, se concluyera con un protocolo, o algún otro instrumento legal, que desarrollara compromisos vinculantes para los objetivos de límites de emisiones y reducciones globales significativas en plazos de tiempo específicos, como 2005, 2010 y 2020.

Así se llegó a la tercera sesión de las Partes celebrada del 2 al 11 de diciembre de 1997 en Kyoto, Japón con el entendimiento de que los compromisos establecidos en el artículo 4 de la CMNUCC para los países desarrollados serían insuficientes, y por tanto había que fortalecer los objetivos de reducción para éstos Estados. La discusión se centró sobre tres puntos principales: la obligatoriedad de las medidas a adoptar, la flexibilidad en la elección de políticas y medidas domésticas y la uniformidad de las medidas, es decir si se aplicarían por igual a todos los Estados desarrollados, o variarían de acuerdo con la situación económica y social particular de cada uno. Así, finalmente, después del arduo debate se adoptó el Protocolo de Kyoto en el que se abordaba la determinación no uniforme de las obligaciones de disminución de las emisiones de GEI y las políticas y medidas para llevarlas a cabo para un primer periodo comprendido entre 2008 y 2012. Las obligaciones diferían aún entre países desarrollados, permitiendo a algunos como Australia, Islandia y Noruega incrementar sus emisiones dentro de ciertos límites, mientras que otros, como Canadá, Estados Unidos o la Unión Europea, tenían que reducirlas en un cierto porcentaje. Llegar a un acuerdo donde los intereses de las Partes eran casi tan diversos como las Partes mismas fue complejo, por lo que el Protocolo seguía dejando un margen amplio de flexibilidad y dejaba fuera puntos fundamentales como la regulación de emisiones por transporte marítimo y terrestre, que son dos fuentes importantes de GEI.

Posteriormente, fue notorio para la mayoría de los Estados que sería muy difícil la consecución de los objetivos establecidos en la CMNUCC de estabilizar las emisiones a los niveles de 1990, sin mencionar los nuevos compromisos adquiridos en Kyoto. Además había muchas dudas respecto de cómo funcionaría el Protocolo en la práctica. Esto se tradujo en un lento proceso de firma y ratificación, a grado tal, que Estados Unidos por ejemplo, bajo la administración del Presidente George W. Bush se rehusó a ratificar el protocolo y lo calificó como “fatalmente defectuoso”⁴⁴. Lo que resultó grave para la Convención, pues Estados Unidos es el país con el mayor porcentaje de emisiones de GEI en el mundo. Australia también se demoró en ratificar, pero finalmente lo hizo en diciembre del 2007.

En las reuniones posteriores de la COP se siguieron discutiendo mecanismos de cumplimiento, sin embargo lenta y tortuosamente, una vez más por la diversidad de intereses en juego. Y la amenaza de no ratificación de Estados Unidos, entorpecía el proceso y las negociaciones. La Unión Europea jugó un papel ambiguo, por un lado se postulaba como uno de los defensores del texto y sus compromisos, y por el otro negociaba el reparto interno comunitario de su cuota total de reducciones, permitiendo a algunos Estados aumentar sus emisiones, dentro de los límites de Kyoto. Aún así, el Protocolo sobrevivió y eventualmente se logró alcanzar el mínimo de ratificaciones requerido y entró en vigor en el año de 2005⁴⁵. Actualmente cuenta con 192 Estados Parte, siendo Estados Unidos el único país que aunque firmó, no lo ha ratificado.⁴⁶

ii. *Objetivos.*

El texto del Protocolo reitera los objetivos de la Convención, como se menciona en el segundo párrafo de su Preámbulo. Nuevamente se establecen obligaciones concretas de límites y reducciones a las emisiones de GEI que se asumen sólo por Estados desarrollados, y respondiendo a la situación particular de cada uno de ellos, así como un período de tiempo específico que va de 2008 a 2012. Los compromisos se expresan mediante “emisiones

⁴⁴ GILLESPIE A., *Op. cit.*, pp. 185.

⁴⁵ México firma el Protocolo el 9 de junio de 1998 y se adhiere por medio de ratificación del Senado el 07 de septiembre del 2000. Publicación de su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 24 de noviembre del 2000. Entrada en vigor tanto internacional como para México el 16 de febrero de 2005.

⁴⁶ Información obtenida de la página web de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático, en el enlace Protocolo de Kyoto, estatus de ratificación. Disponible en:

http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php Consultada el 12 de noviembre de 2010.

permitidas” o “cantidades atribuidas”⁴⁷ de emisiones de GEI con las que los Estados tienen que cumplir.

El Protocolo contiene una obligación general para todas las Partes en el Anexo I, de reducir las emisiones totales de GEI a un nivel no inferior del 5% de las calculadas para 1990 en el periodo comprendido entre 2008 y 2012. Los gases controlados por el Protocolo están listados en el Anexo A. El mecanismo se calculó de manera conjunta, es decir se calcula el nivel de emisiones que debe reducirse en todo el planeta y se establecen las obligaciones concretas de cada Estado para llegar a él. En el Anexo B se realizó un listado de los compromisos cuantificados para cada país⁴⁸.

El cumplimiento de los compromisos de reducción, se lleva a cabo principalmente mediante la implementación de medidas nacionales que mejor se adecúen a la situación particular de cada país para cumplir con su “cantidad atribuida”. Sin embargo, el texto del Protocolo también plantea medios adicionales basados en mecanismos de mercado para cumplir los objetivos de reducción, éstos son:

- a. Comercio de Emisiones (“mercado de carbono”): desarrollado en el Artículo 17 del Protocolo, permite a aquellas Partes que tienen unidades de emisión de sobra (emisiones permitidas de las que no hace uso) vender este exceso de capacidad a países que han rebasado sus unidades de emisión. Esto ocasionó que surgiera un nuevo producto básico a comerciar en los mercados internacionales, la reducción o absorción de emisiones.
- b. Mecanismo de desarrollo limpio (MDL), definido en el artículo 12 del Protocolo, faculta a los países Anexo I que tienen un tope de emisiones permitidas, implementar proyectos de reducción de emisiones en países en desarrollo que no lo tienen, por los cuales el Estado

⁴⁷ El PICC define las cantidades atribuidas como:

En virtud del Protocolo de Kyoto, la cantidad atribuida es la cantidad total de emisiones de gases de efecto invernadero que cada País del Anexo B ha acordado que no se exceda durante el primer período de compromiso (desde el 2008 al 2012). Esta cantidad se calcula multiplicando por cinco las emisiones totales de gases de efecto invernadero de un país en el 1990 (debido al período de 5 años de compromiso) y luego por el porcentaje acordado en el Anexo B del Protocolo de Kyoto (por ejemplo, 92 por ciento para la Unión Europea, 93 por ciento para Estados Unidos).

Definición tomada del Glosario de la página web del PICC: <http://www.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-sp.pdf>
Consultada el 3 de diciembre del 2010.

⁴⁸ GILES CARNERO R., Op. Cit, pp. 202-207.

Anexo I, adquiere Certificados de Reducción de Emisiones, cada uno equivalente a una tonelada de CO₂ emitido, que podrá ser contabilizado para cumplir con sus objetivos de reducción en el Protocolo. Un proyecto MDL debe proporcionar reducción de emisiones adicionales a lo que hubiera ocurrido de no implementarse. Así mismo, el Protocolo requiere que el proyecto sea califique a través de un proceso de validación, registro ante la Junta Ejecutiva del MDL.

- c. Implementación conjunta. Definido en el artículo 6 del Protocolo, de la misma manera que en el MDL, se permite a las Partes Anexo I acumular Unidades de Reducción de Emisiones a partir de la implementación de un programa o proyecto de reducción o absorción de emisiones, en este caso en otro Estado Anexo I.

Los mecanismos planteados promueven la inversión verde y apoyan a las Partes a cumplir con sus objetivos de emisiones de una manera costo-efectiva. El Protocolo también incluye requerimientos detallados sobre la obligación de reportar e informar a fin de evaluar el cumplimiento de los compromisos para los países Anexo I.⁴⁹

c) El estado actual de las negociaciones ambientales en materia de Cambio Climático.

El desarrollo tanto de la Convención como del Protocolo ocurre a través de la reunión anual de la COP cuando está actuando únicamente como reunión de las Partes de la Convención, y reunión COP/CMP, cuando actúa también como reunión de las Partes del Protocolo. La COP y la COP/CMP fungen como el órgano de decisiones de ambos instrumentos. El trabajo de la COP y de la COP/CMP es revisar la implementación de su texto jurídico correspondiente, y evaluar el cumplimiento de objetivos, a partir de las cuales adopta decisiones o resoluciones que se publican anualmente en el Reporte de la COP, y que eventualmente resultan en una Decisión posterior, que establece el conjunto de reglas para una implementación práctica y eficaz. La COP evalúa el esfuerzo realizado por cada Parte en medidas y políticas de adaptación-mitigación, así

⁴⁹ Información obtenida de la página web de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, <http://unfccc.int>
Disponible en http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php, consultada el 03 de diciembre de 2010.

como su eficacia. Por lo que podría decirse, que la implementación de ambos textos es casi paralela e involucra instrumentos jurídicos que están relacionados entre sí.

La discusión central en las negociaciones siempre ha sido la mitigación, es decir, la reducción de emisiones de GEI, la dificultad ha sido la implementación de las medidas para cumplir con los objetivos y la participación diferente de países desarrollados y países en desarrollo.

El desarrollo de las negociaciones siguientes se presenta en el siguiente cuadro:

COP/MOP	LOGROS IMPORTANTES		NUEVOS RETOS O DESAFÍOS IDENTIFICADOS
<p align="center">11/1 Dic/2005</p>	<p>COP Diálogo sobre la mejora de la implementación de la Convención mediante acción global de cooperación a largo plazo para hacer frente al cambio climático. Este diálogo tomaría la forma de un intercambio abierto de información, experiencias, puntos de vista y opiniones de las Partes sobre la mejora de la implementación de la Convención, pero de ninguna manera conllevaría a nuevas negociaciones que condujeran a nuevos compromisos.⁵⁰</p>	<p>MOP Se estableció un grupo de trabajo estudiar la negociación de futuros compromisos posteriores al periodo 2008-2012, en materia de reducciones para los países Anexo I. Se denominó Grupo de Trabajo Ad Hoc sobre los Nuevos Compromisos para las Partes del Anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto (GTE-PK). Funge como órgano subsidiario de la CMNUCC, reporta directamente a la reunión de las Partes COP/CMP. Se acordó que los nuevos compromisos se conseguirían mediante enmiendas al Anexo B del Protocolo.⁵¹</p>	<p>Se acordó que en ambas negociaciones <i>de ninguna manera conllevarían a acuerdos que condujeran a nuevos compromisos</i>. Esta dificultad prevaleció (y prevalece) en todas las negociaciones posteriores.</p>
<p align="center">12/2 Dic/2007</p>	<p>COP. La Hoja de Ruta de Bali (que incluye el posterior Plan de Acción de Bali). Los gobiernos tanto de países en desarrollo como de países desarrollados acuerdan aumentar esfuerzos en la mitigación del cambio climático, y establecen como meta el año 2009 para alcanzar el resultado acordado, y evaluar la posibilidad de un nuevo acuerdo post-2012 en la COP 15 en Copenhague. Para realizar éste trabajo se crea un nuevo órgano subsidiario denominado Grupo de Trabajo Especial</p>	<p>MOP. Dentro del marco del Protocolo, en 2007 se emitió el cuarto Reporte de GTE-PK en el que se expresa la necesidad de compromisos de reducción de emisiones de gas de efecto invernadero entre 25 y 40%, por debajo de los niveles de 1990 para los países industrializados, para el período posterior a 2012, a fin de limitar un aumento global en la temperatura promedio. Esto implicó nuevos y más severos compromisos de reducción.⁵²</p>	<p>Mismas dificultades que en la anterior.</p>

⁵⁰ CMNUCC, Conferencia de las Partes onceavo período de sesiones Decisión -/CMP.11 *Diálogo sobre la acción cooperativa a largo plazo para abordar el cambio climático a partir de una mejor aplicación de la Convención*.

Disponible en: http://unfccc.int/files/meetings/cop_11/application/pdf/cop11_00_dialogue_on_longterm_coop_action.pdf. Consultada el 5 de diciembre de 2010.

⁵¹ CMNUCC, Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, en su primer período de sesiones Decisión -/CMP.1 *Consideración de los compromisos de las Partes incluidas en el Anexo I de la Convención en virtud del artículo 3, párrafo 9, del Protocolo de Kyoto*.

Disponible en: http://unfccc.int/files/meetings/cop_11/application/pdf/cmp1_00_consideration_of_commitments_under_3.9.pdf. Consultado el 5 de diciembre de 2010.

⁵² *Ibidem*.

	sobre la Cooperación a largo plazo en el marco de la Convención (GTECLP).		
13/3	<p>El Plan de Acción de Bali adoptado en la decisión 1/CP.13 traza el curso para un nuevo proceso de negociación, contempla una visión compartida de cooperación a largo plazo que incluya abordar una acción nacional e internacional mejorada considerando:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acciones o compromisos de mitigación por parte de todos los países desarrollados, mensurables, reportables y verificables, adecuados para el país; • Acciones de mitigación adecuadas de las partes que son países en desarrollo, respaldadas y permitidas por la tecnología, la financiación y el fomento de la capacidad, de manera mensurable, reportable y verificable. <p>Una consideración significativa del Plan de Acción de Bali, es que incluye por primera vez la participación de los países en desarrollo en los esfuerzos de mitigación, a pesar de que deben ser habilitados a partir del apoyo de países desarrollados mediante transferencia de tecnología y financiamiento y construcción de capacidad, que sea medible, reportable y verificable.</p> <p>El Plan de Acción se centra en cuatro módulos principales: mitigación, adaptación, tecnología y financiación.⁵³</p>		Mismas dificultades que en la anterior.
15/5 Dic. 2009	<p>Se logra emitir el Acuerdo de Copenhague. Que estipula la prórroga del trabajo llevado a cabo tanto por el GTECLP como por el GTE-PK, quienes continuarán con su mandato en busca de una pronta conclusión que permita acordar nuevas acciones para que el aumento de la temperatura mundial permanezca por debajo de 2°C.</p> <p>En materia de compromisos, para los países Anexo I, reitera la obligación de reforzar las reducciones de las emisiones que se iniciaron en virtud del Protocolo, mediante acciones de mitigación medibles, reportables y verificables. Sin embargo introduce dos nuevos compromisos: la participación de los países no Anexo I en las acciones de mitigación (de acuerdo a sus capacidades) que será voluntaria únicamente para los países menos adelantados y para los pequeños estados insulares, así como el requisito de que dichas medidas serán objeto de medición, notificación y verificación a nivel nacional, y que los resultados sean consignados en las comunicaciones nacionales cada dos años, éstos nuevos compromisos se detallan en el párrafo quinto del Acuerdo.</p> <p>En el párrafo octavo se dispone una mayor financiación para los estados en desarrollo, a través del <i>Fondo Verde de Copenhague para el Clima</i>⁵⁴.</p>		Fue un evento con gran expectativa global, pues debían evaluarse el progreso acordado en 2007 y sentarse las bases de un nuevo periodo de negociación ambicioso post-2012. No obstante dichas expectativas no pudieron cumplirse, pues los negociaciones de reducción para un periodo post-2012 de los países Anexo I fueron notablemente inalcanzados ⁵⁵ y las negociaciones de la Hoja de

⁵³ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, El Plan de Acción de Bali: Los temas principales en las negociaciones sobre el clima, Environment and Energy Group Publication, Kenia, 2008.

Disponible en: http://www.undp.org/climatechange/docs/Spanish/UNDP_Summary_for_Policymakers_final_sp.pdf. Consultado el 05 de diciembre de 2010.

	<p>El nuevo mecanismo de medición, reporte y verificación (MRV) de la implementación de medidas para la adaptación y mitigación, no ha sido bien recibido por algunas Partes no Anexo I, como China, quien considera que el MRV viola el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. La postura de China ha adquirido relevancia en las negociaciones por dos razones: por su alto potencial de crecimiento, y porque Estados Unidos ha condicionado su participación a los compromisos que adquieran China e India, quienes actualmente están listados como países no-Anexo I. Esto representa una gran dificultad por el gran porcentaje de emisiones que corresponde a Estados Unidos, actualmente posicionado como el principal emisor.</p>	<p>Ruta de Bali no pudieron ser concluidas y se espera continúen en 2010⁵⁶.</p> <p>La participación de Estados no Anexo I; y la implementación de mecanismos MRV.</p>
<p>Pre-16/6 Conferencia De Naciones Unidas sobre Cambio Climático. China, Sep/2010.</p>	<p>Se esperaba que los participantes preparan el terreno para las negociaciones de la siguiente Conferencia de las Partes, no obstante las tensiones entre China y Estados Unidos crecieron aún más: mientras China reclamaba el incumplimiento estadounidense de sus obligaciones de reducción y de asistencia y financiamiento a países en desarrollo bajo la CMNUCC, EU siguió presionando sobre el tema de mecanismos MRV obligatorios para China. El tema de discusión sobre MRV se tornó tan delicado, que inclusive fue retirado de la agenda de discusión para la COP 16 en Cancún. Así mismo, la división entre las posturas de países desarrollados y países en desarrollo se acentuó nuevamente, dando como resultado que el mundo no tenga grandes expectativas sobre la COP 16, pues tanto el anhelado acuerdo legalmente vinculante, como los temas que resultaron interesantes y novedosos en Copenhague tal como la discusión sobre los créditos de deforestación evitada y la degradación forestal (REDD +) no estarán a discusión en Cancún. Esto representa una seria amenaza contra el régimen internacional sobre el cambio climático, pues la credibilidad y la confianza en las negociaciones ha sido difícil de mantener, y ante un supuesto fracaso, se han llegado a plantear alternativas de que tal vez las opciones bilaterales resulten mejor elección. No obstante, nuevamente, si esto realmente resultara así, la relación bilateral más importante para la contribución a la mitigación del cambio climático, sería la de China-Estados Unidos.⁵⁷</p> <p>El Protocolo ha planteado numerosos debates hasta la fecha, sin embargo el que ha presentado el mayor reto han sido los</p>	

⁵⁴ Párrafo 8° del Acuerdo de Copenhague, celebrado en Copenhague, Dinamarca en diciembre de 2009, bajo el marco de la quinceava Conferencia de las Partes de la CMNUCC y quinta del Protocolo de Kyoto.

Disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/spa/11a01s.pdf#page=4>. Consultada el 5 de diciembre de 2010.

⁵⁵ CMNUCC, Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, Informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto sobre su quinto período de sesiones, celebrado en Copenhague del 7 al 19 de diciembre de 2009, documento FCCC/KP/CMP/2009/21, página 10, párrafo 27.

Disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cmp5/spa/21s.pdf>. Consultado el 5 de diciembre de 2010.

⁵⁶ CMNUCC, Conferencia de las Partes en su quinceavo periodo de sesiones, Decisión 1/CP.15: Resultados de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, celebrado en Copenhague del 7 al 19 de diciembre de 2009, documento FCCC/CP/2009/11/Add.1, página 3, párrafos 1 y 2.

Disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/spa/11a01s.pdf#page=4>. Consultado el 5 de diciembre de 2010.

⁵⁷ EDIVEAN Ysella, Of Pigs and Mirrors, The breakdown of the US-China Dialogue in Tianjin, en Yale Center for Environmental Law and Policy, Yale University, Estados Unidos, 2010. Disponible en: <http://environment.yale.edu/envirocenter/post/of-pigs-and-mirrors-the-breakdown-of-the-us-china-dialogue-in-tianjin/>

	<p>compromisos de los Estados en desarrollo. Muchos de los Estados desarrollados se niegan a “seguir tomando el liderazgo en las acciones de adaptación y mitigación del cambio climático” si no se fortalecen los compromisos vinculantes de los países en desarrollo, principalmente países clave como China e India; se ha escuchado que no hay intenciones de negociar un nuevo periodo de compromisos de Kyoto después del 2012 a menos que se incluyan “países clave” no Anexo I. Mientras tanto, los Estados en desarrollo defienden su “derecho a desarrollarse” y exigen que su participación continúe siendo voluntaria. El problema yace en que aunque ahora los principales emisores y responsables de la mayoría de las emisiones existentes son mayoritariamente Estados desarrollados, este esquema está próximo a cambiar debido al alto potencial de crecimiento de China e India, quienes se espera sean el futuro emisores importantes. Nuevamente la competitividad económica ha adquirido un papel más relevante que el de la cooperación ambiental internacional, desdibujándose el vínculo entre uno y otro, el desarrollo sostenible, mientras los retos continúan aumentando.</p>
--	--

No obstante, al tiempo que se escribe éste capítulo, nuevas negociaciones se están llevando a cabo en Cancún en la dieciseisava Conferencia de las Partes de la CMNUCC y sexta Reunión de las Partes del Protocolo, tratándose de una de las últimas oportunidades para negociar temas de gran relevancia para el futuro de la acción multilateral contra el cambio climático, como los nuevos compromisos post 2012, los mecanismos de mercado, el mecanismo MRV, la participación de Estados en desarrollo y el correspondiente financiamiento de Estados desarrollados, etcétera.

CAPÍTULO II. COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE. ¿CÓMO INTERACTÚAN?

1. ¿Por qué el Sistema Multilateral de Comercio debe prestar especial atención al Cambio Climático?	37
2. Efectos del Cambio Climático sobre el Comercio Internacional.	40
3. El Medio Ambiente en la Organización Mundial del Comercio: La inclusión de consideraciones ambientales en el Sistema Multilateral de Comercio.....	41
A. Disposiciones del GATT.....	43
B. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.	51
C. Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.	54
D. Acuerdo sobre Agricultura.....	58
E. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas y Compensatorias.	59
F. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.	65
G. Acuerdo General de Comercio de Servicios.	68
4. El Medio Ambiente en la OMC, una preocupación real: El Comité de Comercio y Medio Ambiente.....	72
5. Los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAs) relativos al Cambio Climático y las Normas de la OMC.....	78
A. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.	78
B. Protocolo de Kyoto.....	84
a) Medidas específicas relacionadas con el comercio.....	85

1. ¿Por qué el Sistema Multilateral de Comercio debe prestar especial atención al Cambio Climático?

Como se explicó en el capítulo anterior, el cambio climático ha alcanzado un punto álgido en el siglo XX. Así como el cambio climático, el comercio internacional ha alcanzado un auge sin precedentes durante la segunda mitad del siglo XX. Este ha pasado a representar del 5.5% del PIB mundial en 1950 al 20.5% del PIB mundial en el año 2006⁵⁸, y a la par, ha desarrollado uno de los regímenes autónomos multilaterales más exitosos y completos: la OMC y sus normas. A pesar de que la cuestión del cambio climático no forma parte del programa de trabajo de la OMC y que tampoco haya normas que lo refieran explícitamente, la Organización es pertinente en este contexto pues la regulación de la liberalización comercial toca temas intersectoriales como la regulación ambiental, en éste sentido las medidas y políticas relativas al cambio climático en ocasiones afectan al comercio internacional o viceversa.

La respuesta más superficial a la pregunta planteada como primer subtítulo, podría ser: la OMC no es una organización ambiental, ni tiene entre sus principales objetivos la protección al ambiente, por tanto no tendría porque hacer frente al cambio climático. Sin embargo esta afirmación es falsa. Es falsa no sólo porque el cambio climático representa un problema global y por tanto desde el punto de vista ético, el sistema multilateral de comercio también *debería* cooperar para su mitigación. La respuesta que nos ocupa es mucho más profunda y atañe al sistema multilateral de comercio necesariamente, éste *se verá obligado a* cooperar por las razones siguientes: (1) el cambio climático tendrá efectos sobre el comercio internacional por el simple hecho de que el comercio es una actividad económica y todas ellas se verán afectadas por sus efectos; (2) el cambio climático tendrá graves repercusiones sobre el desarrollo económico, principalmente para aquellos países en desarrollo o menos desarrollados, afectando severamente la economía mundial; (3) el cambio climático actualmente ha alcanzado tal relevancia que su regulación jurídica forma parte integrante del sistema legal de Derecho Internacional Público, dentro del cual también está inserto el Derecho Comercial Internacional, y

⁵⁸ Información tomada de la página web de la OMC: www.wto.org

Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_impact_e.htm Consultada el 24 de octubre de 2010.

más aún, la interacción entre sus normas es cada vez más frecuente, sin que se encuentren realmente definidas las reglas de conflicto entre ambas⁵⁹; y (4) La interacción de reglas comerciales de la OMC con otras reglas no sólo se da en el ámbito internacional, las regulaciones nacionales con fines de protección de ambiental sean voluntarias u obligatorias, públicas o privadas, suelen también afectar los flujos de comercio entre Estados. Así mismo, la mayoría de las reglas de la OMC, que apuntan primordialmente hacia la liberalización comercial, tienen un impacto potencial en casi todos los demás ámbitos de las regulaciones estatales. Siendo así, en algunos casos la liberalización comercial podría poner en peligro la consecución de otros objetivos, tales como la protección al medio ambiente, como del mismo modo, las medidas de protección al ambiente podrían en algunas ocasiones, requerir la imposición de barreras comerciales para su cumplimiento que obstaculizaran el libre comercio. Además los Estados muy a menudo recurren a las restricciones comerciales en la búsqueda de todo tipo de objetivos no comerciales. Como resultado de esto, las reglas de la OMC atraviesan casi todas las demás reglas de derecho internacional⁶⁰ y políticas nacionales, incluidas claro, aquellas que regulan el cambio climático.

Por las razones anteriores, el sistema multilateral de comercio debe (y lo ha hecho) prestar especial atención a su relación con el cambio climático.

El presente capítulo desarrollará la relación que existe entre comercio y el medio ambiente, más específicamente, entre comercio y cambio climático, así como aquella relación existente entre las normas internacionales que rigen el comercio y aquellas no necesariamente internacionales, que rigen la protección ambiental, relativas al cambio climático.

La relación entre el medio ambiente y el sistema multilateral de comercio no es un tema nuevo, sin embargo, es un área poco estudiada de gran relevancia, y más importante aún, la adquiere cada vez más por el aumento en la frecuencia de las cuestiones que han surgido de ésta, y que representan tanto retos como alternativas para ambos.

⁵⁹ PAUWELYN Joost, *The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?*, *The American Journal of International Law*, Vol. 95, Estados Unidos, 2001, pp. 538 y 544.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 539-540.

Así mismo, la falta de una sistematización de las normas internacionales ambientales, otorgada por un órgano internacional de solución de controversias, es decir de un régimen autónomo que les de coherencia y proponga soluciones multilaterales aplicadas al problema y que encamine los esfuerzos nacionales, ocasiona que:

- 1) Las controversias ambientales requieran cada vez más ser consideradas o resueltas en diferentes foros internacionales especializados en otras ramas del Derecho Internacional, por ejemplo la OMC⁶¹;
- 2) Las medidas para contrarrestar las violaciones a Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente sean con frecuencia sanciones comerciales;
- 3) A falta de un esfuerzo internacional común y coordinado, la tendencia de los Estados sea imponer medidas “verdes” restrictivas unilaterales, que con frecuencia, constituyen obstáculos al comercio.

Todas las situaciones anteriores, como hechos actuales que sin lugar a dudas ocurren en el ámbito del comercio internacional, implican para su solución la aplicación conjunta tanto de normas ambientales internacionales como de normas propias del foro comercial; si se mencionaran también aquellas tendencias proteccionistas que podrían buscar encubrirse como medidas ambientales, las dificultades crecen aún más. Por ende su regulación es delicada y resulta en una relación complicada e interesante que constituye uno de los principales objetivos de estudio de la presente tesis.

En la OMC dicha relación ha sido abordado desde dos perspectivas:

- 1) El análisis de la relación, llevado a cabo por del Comité de Comercio y Medio Ambiente. Y,
- 2) La solución de controversias que involucran temas ambientales, a cargo del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

En el presente capítulo se presentará la introducción a la multicitada relación y se explicará la primera perspectiva así como sus temas derivados, para posteriormente abordar la segunda en el Capítulo 3.

⁶¹ BOYLE Allan, *Relationship between International Environmental Law and other branches of International Law*, en BODANSKY D., et al, *Op. cit.*, pp. 126-128.

2. Efectos del Cambio Climático sobre el Comercio Internacional.

Actualmente hay pocos estudios que tratan el vínculo existente entre los efectos del cambio climático y el comercio internacional. Sin embargo, las consecuencias sin duda afectarán los patrones y volúmenes en los flujos de comercio.

En el reporte publicado conjuntamente en 2009 por la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA): *“Comercio y Cambio Climático”*, se afirma que los efectos del calentamiento global sobre el comercio internacional impactarán probablemente de dos formas:

1) El cambio climático podría alterara las ventajas comparativas de algunos países, y cambiar los flujos y patrones de los mercados internacionales. Esta alteración afectaría principalmente a aquellos países cuyas ventajas consten mayormente de razones climáticas o geofísicas. Como por ejemplo suelos fértiles y cultivables. Los países o regiones en los que la agricultura constituya un apoyo económico importante, principales exportadores de bienes agrícolas, podrían sufrir severas pérdidas económicas si el rendimiento de sus cultivos decrece en razón del aumento de temperatura, la pérdida de nutrientes en los suelos (por alteraciones de ciclos bioquímicos), los suelos erosionados, o mayor frecuencia e intensidad de fenómenos meteorológicos. No obstante, el incremento de la temperatura también podría resultar beneficioso para algunas regiones agrícolas, y entonces podrían aumentar los rendimientos de algunos cultivos (en estas regiones). De esta manera, se modificarían algunos flujos comerciales de importación y exportación.

Sin embargo, los impactos no se darían únicamente en cuanto al comercio de mercancías. Aquellos servicios que requieran o estén basados en bienes naturales, también pueden ser afectados.⁶²

2) En segundo lugar, el cambio climático puede incrementar la vulnerabilidad de las cadenas de suministros, transporte y distribución de las cuales depende el comercio internacional. El

⁶² Ejemplo de esto podría ser el turismo: las playas, el clima tropical o incluso la nieve abundante sufrirán modificaciones debido al incremento en el nivel del mar y/o el aumento de temperatura en la Tierra.

Cuarto Informe del PICC, ahondó en esta posibilidad, explicando que dichas cadenas podrían verse interrumpidas constantemente en razón de las consecuencias del cambio climático. Por ejemplo, debido a los fenómenos meteorológicos extremos, frecuentemente podrían cerrarse o dañarse puertos marítimos, rutas de transporte (terrestre, aéreo o marítimo) o infraestructura críticos para el comercio. También, las rutas de transporte terrestre en las zonas de permafrost⁶³ se verán gravemente afectadas por los incrementos de temperatura. Los periodos de tiempo en los que estas rutas son transitables serían notablemente más cortos. Los daños por inundaciones frecuentemente impactarán sobre la infraestructura costera y las instalaciones de distribución. El flete de mercancías transportadas por vías navegables interiores, como el Río Rhin, será interrumpido durante las sequías.

Estas interrupciones en las cadenas de suministros, transporte y distribución, incrementarán el costo de las mercancías, lo que ya de por sí resultaría adverso para el comercio internacional; sin embargo, una vez más, los más afectados por la consecuencia de aumento de precios, serán los países en vías de desarrollo, cuya integración a la economía global ha dependido en gran medida de su participación en las cadenas internacionales de producción (por ejemplo como abastecedores de materias primas o suministros).⁶⁴

3. El Medio Ambiente en la Organización Mundial del Comercio: La inclusión de consideraciones ambientales en el Sistema Multilateral de Comercio.

Al tiempo que comenzaba la discusión sobre el posible incremento de la temperatura media de la Tierra, y su probable asociación con la actividad industrial humana, los intereses comerciales de los países seguían su curso, en los años setentas por primera vez se negociaba fuera de Europa, lo que fue la séptima ronda de negociaciones bajo el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) inaugurada en Tokyo, Japón (aunque posteriormente la

⁶³ Tierras que están permanentemente congeladas, siempre que la temperatura permanezca por debajo de 0°C durante varios años.

⁶⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, Trade and Climate Change Report, WTO Publications, Suiza, 2009, p. 64.

negociación regresó a Ginebra) que se llevó a cabo de 1973 a 1979. A pesar de que los intereses de las Partes negociantes distaban mucho de la protección ambiental, ésta comenzaba a figurar en las agendas internacionales, como un año antes en Estocolmo, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano donde se requirió de una breve participación del GATT como organismo internacional. Así la protección al medio ambiente encontró cabida mínima en uno de los acuerdos principales derivados de la Ronda Tokyo, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC). En el OTC se identificaban los requisitos técnicos como la mayor barrera no-arancelaria que obstaculizaba el comercio, y se defendía la no discriminación en la elaboración, adopción y aplicación de dichos reglamentos y normas; en éste acuerdo se abordó la cuestión de hasta qué punto las medidas ambientales podían constituir obstáculos al comercio y se concluyó que mientras se cumpliera con el requisito de no discriminación, la protección al ambiente constituía un objetivo legítimo.

Sin embargo, fue en la última, más larga y complicada ronda del GATT (hasta la fecha), la Ronda Uruguay (1986-1994), donde varias normas relativas al medio ambiente se incluyeron en las normas comerciales, basadas en el mismo principio de soberanía de los Estados facultados para reconocer y proteger los objetivos legítimos que considerasen necesarios, apegándose al principio de no discriminación. Por lo que se introdujeron modificaciones en el Acuerdo OTC, y algunas cuestiones ambientales se incluyeron en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y los Acuerdos sobre la Agricultura, sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, sobre Medidas Subvenciones y Compensatorias y sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, acuerdos que forman parte integrante del GATT de 1994 y reglas positivas de la, en ese entonces, naciente Organización Mundial del Comercio.

Estas normas siguen vigentes en la actualidad y desempeñan un papel trascendental en las relaciones comercio-medio ambiente pues a partir de ellas uno puede constituirse como obstáculo para los fines del otro y viceversa. La negociación y aplicación de estas normas es fundamental para definir la relación que ambos temas tienen. A continuación se presentan las

reglas que son relevantes para examinar las cuestiones comerciales relacionadas con el medio ambiente.

A. Disposiciones del GATT.

a. No discriminación. Artículos I y III.

El principio de no discriminación no hace ninguna alusión directa al medio ambiente. El principio de no discriminación es la base de la regulación del sistema multilateral de comercio. Se compone por dos cláusulas dependiendo del enfoque de no-discriminación del que se trate: la cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) Artículo I del GATT, que establece una no-discriminación en el trato otorgado a todos los Miembros del Acuerdo; y la cláusula de Trato Nacional (TN) Artículo III del GATT, que establece una no-discriminación entre productos nacionales y extranjeros. Estos principios podrían considerarse las piedras angulares del régimen de comercio internacional⁶⁵.

i) Cláusula de Nación Más Favorecida (NMF).

El primer párrafo del Artículo I del GATT a la letra señala:

Artículo I. Trato general de la Nación Más Favorecida.

1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

(...)

[Énfasis añadido]

⁶⁵ BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, MAGRAW Daniel, OLIVA Maria J., ORELLANA Marcos, y TUERK Elisabeth, Environment and Trade: a Guide to WTO Jurisprudence, Ed. EARTHSCAN en asociación con el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y Desarrollo, Reino Unido, 2006, p. 6.

En virtud de éste párrafo, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad otorgado a cualquier producto entre las Partes contratantes, deberá extenderse a todas las Partes contratantes, cuando se trate de productos similares.

ii) Cláusula de Trato Nacional (TN) en materia de Tributación y Reglamentación Interna.

El principio de Trato Nacional está contenido en los párrafos 1, 2 y 4 del Artículo III del GATT:

Artículo III. Trato Nacional en materia de Tributación y Reglamentación Interiores.

1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.*

2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.*

(...)

4. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto.

(...)

[Énfasis añadido]

En virtud del principio de TN, los Miembros deberán tratar a los productos importados provenientes de cualquier Estado Miembro, de una manera no menos favorable que la que otorgan a sus productos nacionales similares, en materia de tributación y reglamentos interiores.

¿Cómo se relacionan los principios de trato nacional y nación más favorecida con las cuestiones comercio-medio ambiente? Algunos ambientalistas han considerado que el

cumplimiento del principio de no discriminación puede resultar continuamente en la pérdida de libertad de regulación en detrimento de la protección ambiental⁶⁶, pues restringe el beneficio o favorecimiento de productos, a pesar de que sean mas amigables con el ambiente. No obstante en esta situación el requisito de *similitud de los productos* es muy importante, pues resulta necesario para la aplicabilidad de ambos principios. Siendo así el concepto de productos similares es fundamental en las discusiones entre políticas y/o medidas ambientales y reglas comerciales. ¿Se puede favorecer un producto por el sólo hecho de ser *'environmentally friendly'*? La jurisprudencia de la OMC ha emitido criterios muy útiles sobre la determinación de similitud entre productos; acentuando siempre que se trata de un análisis caso por caso y no de una fórmula general. Acaso el precedente más citado al respecto es el que dictó el Órgano de Apelación en el caso Japón – Bebidas Alcohólicas, en el que señala que el concepto “productos similares” asemeja la imagen de un acordeón, siendo en ocasiones más amplio y en otras más estrecho, dependiendo del caso particular y de la disposición de la que se trate.⁶⁷

Éstas discusiones se han centrado un poco más en el principio de no discriminación en cuanto a trato nacional que en el de nación más favorecida, ya que como se señaló antes, el cumplimiento de los compromisos adoptados bajo Protocolo de Kyoto, implican la implementación de medidas nacionales para alcanzar los objetivos acordados. Sin embargo puede las controversias pueden suscitarse en ambos. Inclusive, no necesariamente en cumplimiento de compromisos, la tendencia a enfrentar el cambio climático a partir de medidas unilaterales a falta de un nuevo acuerdo, en ocasiones desafía los principios del sistema multilateral de comercio. Por tanto, la no discriminación desempeña un papel fundamental para determinar si una medida ambiental vulnera o no los derechos comerciales de algún o algunos Miembros, y cómo debe ser resuelta.

Por ejemplo: si un Miembro desarrollara una tecnología nueva para automóviles de bajas emisiones, y decidiera incentivar su uso para lograr un porcentaje menor de emisiones permitidas, mediante una incentivación fiscal para éstos automóviles, e impuestos más altos

⁶⁶ ESTY Daniel, Greening the GATT. Trade, Environment and the Future, Institute for International Economics, Estados Unidos, 2004, p. 47.

⁶⁷ Appellate Body Report, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, párrafos 41 y 42.

para todos aquellos energéticamente ineficientes (la mayoría importados), tendría que valorarse si ambos tipos de automóviles podrían considerarse como productos similares, para definir si dicha diferenciación viola o no la obligación de otorgar un trato no menos favorable a productos importados que el que reciben los productos nacionales; lo mismo para NMF. En este caso otras variables podrían entrar en juego, como podría ser el argumento de que dicha medida se considerara como excepción dentro del Artículo XX b) del GATT, sin embargo, para los fines de la presente sección: No discriminación, no se entrará en detalle respecto a las demás variables, por considerarse explicadas posteriormente.

Otro ejemplo podría darse si un Miembro diera un trato más favorable a aquellos bienes producidos mediante “tecnologías limpias”, y no a éstos mismos bienes, producidos mediante tecnologías energéticamente ineficientes; en cuyo caso, habría que evaluar si dichos productos podrían considerarse como no similares con base en las diferencias en la forma en que se han producido (procesos relacionados con los productos y métodos de producción), a pesar de que el método de producción utilizado no deje un rastro plausible en el producto final, es decir, incluso si las características físicas del producto final siguen siendo las mismas.

Medidas como las anteriores pueden encontrarse bastantes, por ejemplo cuestiones de eco-etiquetado, o de restricciones a procesos de producción, etcétera. Y mi conjetura es, que visto el creciente furor y relevancia que adquiere cada vez más el cambio climático, dichas medidas se impondrán con mayor frecuencia, y la frecuencia con la que tendrán que ser evaluadas en la OMC aumentará también.

b. Obligaciones Arancelarias. Artículo II.

El Artículo II del GATT no tiene ninguna inclusión en su texto alusiva al medio ambiente o a medidas ambientales.

Este artículo requiere que los Miembros fijen niveles arancelarios y prohíbe aranceles impuestos por encima de dichos niveles, con la finalidad de garantizar estabilidad en el acceso a mercados.

A pesar de no tener una consideración ambiental específica, esta disposición resulta relevante para las políticas ambientales, pues prohíbe la imposición o aumento de aranceles de importación con la finalidad de hacer cumplir una medida de protección ambiental efectiva en el territorio del país importador.

c. La prohibición (y eliminación) de restricciones cuantitativas. Artículo XI.

Del mismo modo que la disposición anterior, el artículo XI no hace referencia alguna al medio ambiente o a la protección ambiental. Sin embargo la obligación establecida, es también relevante para las políticas ambientales.

El artículo XI aplica a aquellas medidas que afectan la importación de productos. Requiere que los Estados Miembros eviten la imposición de cuotas, licencias de importación o exportación u otras medidas no arancelarias incluyendo prohibiciones o restricciones a la importación, excepto en circunstancias específicas (ninguna relativa al medio ambiente); así como una eliminación paulatina de las existentes. Siendo así, los Miembros que impongan dichas medidas, (tales como la prohibición a la importación de ciertos productos provenientes de países sin restricciones al carbono o aranceles punitivos de importación), como medios para garantizar algún objetivo de protección ambiental, podrían violar las disposiciones del Artículo XI, a menos que se encontraran debidamente justificadas por alguna excepción.

d. Cláusula de Excepciones generales. Artículo XX.

El Artículo XX del GATT, que fue negociado desde 1947, enumera exhaustivamente una serie de circunstancias por las cuales los Miembros pueden quedar exentos del cumplimiento de sus obligaciones bajo el Acuerdo. Es decir, que a pesar de que una medida resultara inconsistente con alguna de las disposiciones básicas del GATT (por ejemplo Artículos I, III u XI), podría encontrarse justificada bajo el amparo de alguno de los incisos del Artículo XX. El Artículo XX ha sido considerado como una disposición fundamental para abordar las tensiones que pueden

surgir entre la liberalización comercial y otros objetivos legítimos de políticas nacionales⁶⁸, como la protección ambiental, incluida como excepción en los incisos b) y g):

Artículo XX. Excepciones generales.

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

(...)

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

(...)

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;

(...)

(Énfasis añadido).

El Artículo XX provee a los Miembros del derecho a adoptar medidas que aborden sus preocupaciones ambientales, sin embargo, algunos ambientalistas han argumentado que el hecho de que ésta facultad se encuentre conferida como una cláusula de excepción al cumplimiento de obligaciones sustantivas, y por tanto supeditada a que el Miembro que deseé ejercerla, pruebe que en efecto su medida apunte hacia la protección ya sea de recursos naturales agotables o de la vida o la salud humana o animal, o a la preservación de los vegetales y que no se constituya como un medio de discriminación arbitrario o injustificado, coloca al objetivo legítimo de protección ambiental por debajo de aquel de liberalización comercial. Es decir, al ser establecido dicho derecho como excepción condicional a las obligaciones, y no como norma positiva que establezca nuevas obligaciones, el Miembro que la invoque o la ejerce tiene la carga de la prueba. Gran parte de esta carga consta de dos requisitos acumulativos:

⁶⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al, *Op. cit.*, pp. 77.

Primero, que la medida se ajuste a por lo menos una de las excepciones listadas en el Artículo XX (por ejemplo, párrafo (b) y/o (g)).

Y segundo que se aplique de conformidad con el contenido del encabezado del Artículo XX, que funge como salvaguardia para evitar el uso abusivo de las excepciones, señalando los requisitos a los que está sujeta la *aplicación* de dichas medidas: *“A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional...”* Lo que significa que el encabezado establece otros tres estándares como requisitos adicionales para la aplicación de las medidas: 1) que no sea un medio de discriminación arbitrario, 2) que no sea un medio de discriminación injustificable y 3) que no sea una restricción encubierta al comercio internacional. El encabezado del artículo se ha interpretado como el equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar una excepción y la obligación del mismo a cumplir con sus compromisos contraídos en el marco de la OMC. Así como también se ha calificado de ser *“imposible de cumplir”*.

Además, para que la medida sea compatible con el Artículo XX tiene que existir cierto grado de conexión entre los medios utilizados y el objetivo de protección ambiental. Cada inciso describe el grado de conexión propio para la justificación de la medida que se trate, mismo que también deberá probar el Miembro que las ejerza:

El inciso b) refiere a la aplicación de medidas *necesarias* para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Para determinar si una medida es necesaria en este sentido, el Órgano de Apelación ha seguido un análisis que incluye la evaluación de: la contribución que realice la medida para la consecución del objetivo legítimo, la importancia de los intereses o valores comunes que ésta proteja, y el impacto de dicha medida para el comercio internacional. Éste análisis puede resultar en una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, al que se sumará una comparación de la misma con otras alternativas de medidas, que pudieran resultar tal vez, menos restrictivas.⁶⁹ La interpretación judicial relativa a

⁶⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Op. cit.*, p. 108.

esta condición ha sido importante para determinar que la medida debe ser, en lo posible, *lo menos restrictiva al comercio*, es decir, que la existencia de alguna alternativa de medida que cumpla con el mismo objetivo de protección o preservación pero que sea menos restrictiva, tendrá como consecuencia que en una disputa, la medida más restrictiva desafiada, no se justifique como excepción por encontrarse disponible un medio menos restrictivo, y por tanto la primera, resulte violatoria.

El inciso g) por su parte no requiere que la medida sea *necesaria*, éste las refiere como *relativas a* la conservación de los recursos naturales agotables, que de acuerdo al Órgano de Solución de Diferencias, no se debe interpretar como equivalente a necesarias sino con un grado de conexión menos estricto, entendido como *dirigida principalmente a* la conservación de un recurso natural agotable⁷⁰; sin embargo el Órgano de Apelación ha notado que la relación entre la medida en juego, y el objetivo legítimo de conservación sí juega un papel decisivo. En palabras del Órgano de Apelación, el Miembro deberá establecer que los medios elegidos (es decir la medida) están razonablemente relacionados con los fines buscados (es decir, el objetivo de la conservación de los recursos naturales agotables)⁷¹. Algunos autores han expresado su preocupación sobre la redacción de ambos incisos, pues resulta ilógico que las medidas para la protección de la vida y la salud humanas (principalmente), así como animal o vegetal, se encuentren sujetas a requisitos más estrictos que aquellas cuyo objetivo es la conservación de recursos naturales.

Así mismo el inciso g) exige que: “...*tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales*”. La razón de ser de ésta condición reafirma nuevamente al principio de no discriminación en materia de trato nacional, pues intenta asegurar la ecuanimidad e imparcialidad del Miembro que las imponga.

Ha existido además discusión sobre el significado o la extensión del término *recursos naturales agotables*, sin embargo, respecto de la interpretación judicial que se refiere a todos los temas mencionados, se profundizará en la sección cuarta del presente capítulo.

⁷⁰ Decisión del Panel, Estados Unidos - Clean Air Act, párrafo 6.39.

⁷¹ United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, párrafo 141.

En el contexto del cambio climático, de acuerdo con ambos incisos (b) y (g), será necesario establecer un *nexo sustancial* entre la medida adoptada (que afecte el comercio) y el objetivo de protección ambiental.

Las disposiciones del Artículo XX desempeñan un papel fundamental en el equilibrio entre la autonomía de la reglamentación nacional en materia de medio ambiente y las disciplinas de liberalización comercial establecidas por el GATT, este equilibrio, así mismo, depende en gran medida de la interpretación judicial que se ha dado y que se da del artículo.⁷² Un gran ejemplo de esta interpretación, se encuentra en la interpretación que hizo el OA sobre el encabezado del Art. XX en el caso Camarón Tortuga⁷³.

Por encontrarse dentro del GATT que funge como el acuerdo marco del cual se desprenden los principios de comercio internacional negociados bajo la OMC, las disposiciones de los artículos I, III y XX, son desde mi punto de vista aquellas que establecen las reglas generales en los temas de comercio y medio ambiente. Al respecto, a partir de los principios enunciados en el GATT, los demás acuerdos negociados establecen la reglamentación específica, o las condiciones por las cuales los Miembros pueden apartarse o desviarse de dichos principios. Son estas disposiciones: los Artículos I, III y XX del GATT, las que estructuran el marco referencial a partir del cual, los demás acuerdos retoman las disposiciones relativas o concernientes al medio ambiente, como se explica a continuación.

B. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) se negoció en primera instancia en la Ronda Tokyo, y se renegotió bajo el auspicio de la Ronda Uruguay, para que finalmente contenga disciplinas importantes en materia de reglamentación nacional y compatibilidad con las reglas de comercio. Su objetivo es garantizar el derecho de los Miembros a establecer sus propios

⁷² BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al, Op. cit, pp. 76-85.

⁷³ Véase nota 230 en el Capítulo III.

estándares en cuanto a la adopción de reglamentos técnicos⁷⁴ que tengan como finalidad alcanzar un objetivo legítimo⁷⁵ en los niveles de protección que considere apropiados. Al mismo tiempo, procura asegurar que dichos reglamentos no se constituyan como obstáculos innecesarios al comercio, o violen las obligaciones contraídas en el marco de la OMC, como la de no discriminación (TN y NMF) o transparencia. El OTC establece los requisitos, condiciones y circunstancias bajo las cuales un Miembro puede adoptar un reglamento técnico que tenga repercusiones en el comercio. La inclusión de la protección al medio ambiente como uno de los objetivos legítimos del acuerdo, se ve esbozada en el quinto párrafo de su preámbulo, que a la letra dice:

Los Miembros,

(...)

Reconociendo que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo;

(...)

(Énfasis añadido).

A pesar de que el Preámbulo no establece obligaciones concretas para los Miembros, reconoce su intención de indicar la protección al medio ambiente como uno de los objetivos legítimos cuya reglamentación y nivel de protección, siempre que no se erija como obstáculo

⁷⁴ El Anexo I del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio establece la definición de reglamento técnico para los efectos del acuerdo:

Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

⁷⁵ Los objetivos considerados legítimos por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se enlistan (no exhaustivamente) en el Artículo 2.2:

(...) Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.

técnico al comercio de acuerdo con las reglas generales de la OMC y las reglas específicas del OTC, queda enteramente a juicio de cada uno de ellos.

Como texto jurídicamente vinculante en el acuerdo, el objetivo legítimo de la protección al ambiente se encuentra en el citado artículo 2.2:

Artículo 2. Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central.

Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

(...)

2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos.

(...)

(Énfasis añadido).

El artículo 2.2, como el artículo XX b) del GATT, y los artículos 2.2 y 5.6 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), tiene también un requisito de necesidad, de conformidad con el texto citado, los reglamentos técnicos no deberán crear obstáculos al comercio internacional, ni *restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar dicho objetivo legítimo*, tomando en cuenta los riesgos que crearía su incumplimiento. No obstante a diferencia del MSF, el OTC no proporciona una guía clara respecto de la “necesidad” de la medida en disputa, por lo que dicha guía consta únicamente de las interpretaciones que ha brindado la jurisprudencia de la OMC.⁷⁶ El papel del Órgano de Solución de Diferencias ha sido fundamental para las controversias comercio-medio ambiente, sobre este tema se profundizará en último el capítulo.

⁷⁶ BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al, Óp. cit., pp. 149-155.

Cualquier regulación nacional que tenga un efecto desigual sobre el comercio, especialmente, sobre los productos importados, suscitará inquietudes bajo el OTC. La finalidad del OTC es encontrar el balance entre el derecho soberano de los Miembros de establecer sus propios objetivos de protección y sus propias medidas regulatorias y la necesidad de evitar obstáculos innecesarios al comercio. El problema subyacente es que la regulación puede estar enfocada en un atributo que podría resultar relativamente menos importante en otros países, o que es abordado de diferente manera. Varios de los conflictos entre medidas unilaterales “verdes” y el acceso a los mercados han surgido de la aplicación de este acuerdo, entre ellos, las cuestiones de procesos de producción y eco-etiquetado, como medidas que restringen el acceso al mercado, o exigen ciertas características se abordarán en el Capítulo III.

C. Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

El acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) también fue resultado de las negociaciones de la ronda Uruguay. Similar al OTC, aborda y profundiza sobre el derecho de los Miembros a establecer su propia reglamentación nacional, mediante la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales, para preservar los vegetales o la seguridad alimentaria. A pesar de que dicha reglamentación pudiera afectar directa o indirectamente el comercio internacional, podría no infringir las normas de la OMC si es compatible con los citados principios del sistema multilateral de comercio, siguiendo las condiciones y requisitos establecidos tanto en el GATT como en el MSF. El MSF desarrolla las normas para la aplicación de las disposiciones del GATT, particularmente las disposiciones de apartado b) del artículo XX, relacionadas con la adopción y aplicación de medidas sanitarias o fitosanitarias⁷⁷.

El preámbulo del acuerdo, expresa el interés de los Miembros por reafirmar su derecho a establecer los niveles de protección nacionales necesarios para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, sin que esto constituya una restricción

⁷⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, GATT 1994, Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 8° del Preámbulo; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994

encubierta al comercio.⁷⁸ Siguiendo únicamente el texto del preámbulo del acuerdo podría parecer que la protección ambiental se encontrara implícita, pues la protección a la salud y la vida de las personas y la preservación de los vegetales, está estrechamente ligada a un medio ambiente adecuado que permita su desarrollo óptimo como seres vivos.

La explicación antes descrita se encuentra expresada en los cuatro párrafos del Artículo 2, que a la letra señala:

Artículo 2: Derechos y obligaciones básicos

1. Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.
2. Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.
3. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.
4. Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado b) del artículo XX.

(Énfasis añadido).

El primer párrafo desarrolla el objetivo principal del acuerdo, en el cual nuevamente, la protección ambiental podría encontrarse implícita pues la protección a la salud y la vida de las personas y la preservación de los vegetales, está estrechamente ligada a un medio ambiente adecuado. No obstante, la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias otorgada por el texto del Anexo A del acuerdo, limita dicha protección y podría decirse que excluye la materia de cambio climático pues define a las medidas como:

⁷⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, GATT 1994, Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafos 1 y 2 del Preámbulo; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.

Anexo A: Definiciones.

1. Medida sanitaria o fitosanitaria - Toda medida aplicada:

- a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;
- b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;
- c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o
- d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

(Énfasis añadido).

De esta forma, el MSF limita los objetivos legítimos del acuerdo a aquellos cuatro listados en la definición, como resultado de esto, la protección ambiental como objetivo legítimo se reduce entonces significativamente cuando las medidas a las que se refiere se dirigen más hacia prevención de la importación de productos que puedan ocasionar alguna plaga o enfermedad a las personas, los animales o los vegetales, dentro del territorio del país importador. Y la protección ambiental en materia de cambio climático, se limita casi exclusivamente al inciso b) que incluye la protección *del riesgo resultante de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos*, no obstante nuevamente dichos riesgos deberán encontrarse *en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos*, y no en el ambiente en el que se desarrollan como tal, por lo que las medidas de regulación de emisiones relativas al cambio climático que

afecten el comercio internacional, difícilmente figuran como derecho de los Miembros, bajo el acuerdo MSF.

Los párrafos segundo y tercero, funcionan como los requisitos principales para que dichas medidas sean compatibles con las reglas comerciales. Así el párrafo segundo establece que las medidas sanitarias o fitosanitarias implementadas por los Miembros, que puedan afectar o afecten el comercio internacional, deberán estar basadas en principios científicos y mantenerse con testimonios científicos suficientes, con la finalidad de que no sea una restricción arbitraria o encubierta. De igual manera, deben ser aquellas *necesarias* para proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal. De este modo el requisito de necesidad en el MSF es una obligación positiva de los Miembros. El requisito de necesidad vuelve a ser abordado en el artículo 5.6 del MSF, que señala:

Artículo 5: Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

(...)

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.(3)

(Énfasis añadido).

La nota interpretativa (3) explica:

A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Volviendo al artículo 2, el párrafo tercero detalla el principio de no discriminación en ambas vertientes, trato nacional y nación más favorecida. Finalmente el párrafo cuarto expresa que una medida conforme con el MSF es compatible con las disposiciones del GATT. Así, este conjunto de requisitos en el acuerdo MSF reglamenta el artículo XX b) del GATT, tratándose de medidas sanitarias y fitosanitarias.

D. Acuerdo sobre Agricultura.

Otro acuerdo surgido de las negociaciones de la Ronda Uruguay fue el Acuerdo sobre Agricultura (AG), en el cual los Miembros buscaron reformar el comercio de productos agrícolas y proporcionar nuevas bases para las políticas orientadas al mercado mediante la reducción de la ayuda y protección a la agricultura.⁷⁹ Hablando de la relación comercio-medio ambiente, la agricultura es especialmente sensible pues representa tanto una de las fuentes que contribuyen en gran medida al cambio climático mediante el cambio de uso de suelos forestales a suelos agrícolas, como uno de los sectores más sensibles en cuanto a los efectos adversos del aumento de temperatura en algunas zonas de la Tierra.

Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, uno de los grandes logros para la apertura comercial en este sector, fue la tarificación (conversión a aranceles) de las restricciones cuantitativas (barreras no arancelarias) y la restricción y reducción de los subsidios. No obstante respecto a estos últimos, se hicieron consideraciones especiales para aquellos subsidios relacionados con la protección de objetivos legítimos para los Miembros, tales como el apoyo a los ingresos de los hogares agrícolas, la seguridad alimentaria y la preservación del medio ambiente.

La intención de considerar otros intereses no comerciales dentro del AG puede encontrarse desde el párrafo sexto del preámbulo, que reitera el compromiso de los Miembros a que las reformas programadas considerarán también preocupaciones no comerciales:

ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA.

Los Miembros:

(...)

Tomando nota de que los compromisos en el marco del programa de reforma deben contraerse de manera equitativa entre todos los Miembros, tomando en consideración las preocupaciones no comerciales, entre ellas la seguridad alimentaria y la necesidad de proteger el medio ambiente; tomando asimismo en consideración el acuerdo de que el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo es un elemento integrante de las negociaciones, y teniendo en cuenta los

⁷⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Cursos de Política Comercial, Publicaciones de la OMC, Suiza, p. 25.11.

posibles efectos negativos de la aplicación del proceso de reforma en los países menos adelantados y los países en desarrollo importadores netos de productos alimenticios;

(...)

(Énfasis añadido).

La intención de los Miembros de considerar la protección al medio ambiente mediante la implementación de programas ambientales, encuentra cabida en el texto del acuerdo como exención de los compromisos de reducción de ayudas internas, detallado en el Anexo 2 del AG. El Anexo 2 describe los requisitos que deberán cumplir aquellas ayudas internas destinadas a productos agropecuarios que pretendan quedar eximidas de los compromisos de reducción, y establece cuáles serán y de qué forma se proveerán estas ayudas permitidas, entre ellas aquellas destinadas a programas ambientales.

La consideración de subsidios con fines ambientales permisibles resulta fundamental tanto para la mitigación, al promover el desarrollo y el uso de tecnologías más limpias y para la reducción de emisiones en el sector de la agricultura, como para la adaptación a los efectos del cambio climático, ya que el riesgo de un clima vertiginosamente cambiante requerirá políticas de intervención para asegurar que los productores agrícolas puedan responder de manera oportuna y cuenten con el apoyo suficiente para que puedan considerar sus opciones. Así mismo, el apoyo para la investigación se tornará fundamental para asegurar el que se disponga de la base de conocimiento necesaria para lidiar con los nuevos retos derivados del cambio en el clima, como nuevas plagas y enfermedades.

E. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas y Compensatorias.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) fue negociado por primera vez durante la Ronda Tokyo, no obstante se estableció como parte integrante del GATT de 1994 durante las negociaciones de la Ronda Uruguay. En él, se define el concepto de subsidio; se establecen las condiciones por las cuales se pueden o no emplear subsidios mediante la reglamentación de los Artículos VI y XVI del GATT, se regulan los apoyos otorgados a todos aquellos productos no agrícolas (ya que las subvenciones a productos agrícolas están reguladas

en el Acuerdo sobre Agricultura); y se regula la aplicación de derechos compensatorios derivados de alguna práctica que distorsione el comercio tales como el dumping o las subvenciones. En la presente sección, nos avocaremos a la parte del SMC relativa a la regulación del uso de subvenciones y como se involucra con los temas ambientales.

Las reglas generales de la liberalización comercial caracterizan a los subsidios como una práctica inadecuada para la economía de mercado, por representar ventajas que distorsionan el precio final de los productos en forma tal que se vulnera la libre competencia. Lo cierto es que los Miembros también han encontrado que existen situaciones especiales para su economía que requieren de apoyos o incentivos económicos⁸⁰. Por tanto el otorgamiento de ayudas gubernamentales (subsidios) no está prohibido, pero se encuentra restringido dependiendo de si tiene o no efectos adversos sobre los intereses comerciales de los Miembros. Esto se detalla en los anteriormente citados artículos VI y XVI del GATT y el SMC.

Habiendo establecido como regla general que los subsidios son perjudiciales para el comercio, nos encontramos en una situación difícil al hablar de las reglas comerciales aplicables a los subsidios con fines ambientales o resultado de políticas ambientales, es decir los subsidios como medidas ambientales, pues existen en juego dos tipos de intereses diferentes y aparentemente opuestos.

De esta forma, el SMC establece una definición de subvención para efectos del mismo y las clasifica en dos tipos.

- 1) Subvenciones prohibidas (Artículo 3 SMC). No están permitidas las subvenciones específicas, es decir las otorgadas a una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción de acuerdo con el Artículo 2 del SMC; ni las subvenciones que se condicionan directa o indirectamente a los resultados de la

⁸⁰ Véase nota al pie número 23 en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias:

“Se reconoce que los Miembros otorgan ampliamente asistencia gubernamental con diversos fines y que el simple hecho de que dicha asistencia pueda no reunir las condiciones necesarias para ser tratada como no recurrible de conformidad con las disposiciones de este artículo no limita por sí mismo la capacidad de los Miembros para concederla.”

exportación del producto, y aquellas subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

- 2) Subvenciones recurribles (Artículo 5). Aquellas subvenciones que sin ser prohibidas, causen efectos desfavorables o perjuicio grave para los intereses de otros Miembros.

Originalmente, el SMC incluía un tercer tipo: Subvenciones no recurribles (Artículo 8), que eran aquellas que estaban permitidas, siempre que no fueran subvenciones específicas, o que siéndolo, cumplieran con los requisitos de párrafo 2 del Artículo 8.

Era dentro de esta categoría de subvenciones, donde encontrábamos los subsidios con fines ambientales, como se explica a continuación:

Artículo 8: Identificación de las subvenciones no recurribles.

8.1 Se considerarán no recurribles las siguientes subvenciones:

- a) las subvenciones que no sean específicas en el sentido del artículo 2;
- b) las subvenciones que sean específicas en el sentido del artículo 2 pero que cumplan todas las condiciones establecidas en los párrafos 2 a), 2 b) o 2 c).

8.2 No obstante las disposiciones de las Partes III y V, no serán recurribles las subvenciones siguientes:

(...)

c) asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas, a condición de que dicha asistencia:

- i) sea una medida excepcional no recurrente; y
- ii) se limite al 20 por ciento de los costos de adaptación; y
- iii) no cubra los costos de sustitución y funcionamiento de la inversión objeto de la asistencia, que han de recaer por entero en las empresas; y
- iv) esté vinculada directamente y sea proporcionada a la reducción de las molestias y la contaminación prevista por una empresa y no cubra ningún ahorro en los costos de fabricación que pueda conseguirse; y

v) esté al alcance de todas las empresas que puedan adoptar el nuevo equipo o los nuevos procesos de producción.

(...)

Sin embargo, ésta categoría únicamente existió durante un periodo de cinco años, que finalizó el 31 de diciembre de 1999, y no volvió a ser extendido, de acuerdo con el Artículo 31 del SMC⁸¹.

La consideración de los fines ambientales como uno de los ámbitos en los que se permitía el otorgamiento de subsidios parecería claramente favorable para la búsqueda de medidas de mitigación contra el cambio climático. Incluso parecería que el valor de protección ambiental se encontraba especialmente considerado, como una excepción a la regla general, tal como en los demás acuerdos abordados, y que su eliminación dentro del Acuerdo fuera un hecho grave. No obstante, aún eliminado el artículo 8, la situación actual en realidad continúa siendo la misma para los programas de subvenciones ambientales, pues a pesar de ser considerada, por encima de de la protección ambiental se encontraban (como ahora) los derechos comerciales de los Miembros, como lo señaló el artículo 9 (también de aplicación provisional): si un Miembro tuviera razones para creer que tal programa hubiera tenido efectos desfavorables graves para su rama de producción nacional, capaces de causar un perjuicio difícilmente reparable, ese Miembro hubiera podido, previa celebración de consultas y si estas resultasen inútiles en la resolución del conflicto, someter la cuestión al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, quien determinaría la existencia o no de dicho efectos, y en dado caso, recomendaría al Miembro que concediese la subvención que modificase el programa de manera que se suprimieran los efectos desfavorables; de no seguirse la recomendación dentro de un plazo de seis meses, el Comité autorizaría al Miembro afectado a adoptar contramedidas pertinentes proporcionales a la naturaleza y al grado de los efectos cuya existencia se haya determinado (una vez más, no se trata de cuotas compensatorias).

⁸¹ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.

Artículo 31. Aplicación Provisional.

Las disposiciones del párrafo 1 del artículo 6, del artículo 8 y del artículo 9 se aplicarán durante un período de cinco años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Como máximo 180 días antes de que concluya ese período, el Comité examinará el funcionamiento de dichas disposiciones con el fin de determinar si su aplicación debe prorrogarse por un nuevo período, en su forma actual o modificadas.

La eliminación de la categoría de subvenciones no recurribles dónde se encontraban los programas ambientales gubernamentales, no implica que éstos ahora sean considerados como prohibidos, únicamente los traslada a la categoría de subvenciones recurribles (recurribles si causan efectos adversos a los intereses de otros Miembros), donde en realidad, de facto ya se encontraban.

Además del derecho del Miembro afectado de iniciar un procedimiento ante el OSD, éste puede imponer medidas compensatorias (de acuerdo con el procedimiento y las características detalladas en el SCM) a los productos importados subvencionados, para contrarrestar la ventaja económica con la que estos cuentan. Sin embargo, para poder imponer dichas medidas, el Miembro deberá probar mediante una investigación y análisis previos, realizados por su autoridad nacional, la existencia de:

- a) Productos importados subvencionados,
- b) Daño en su producción nacional, y
- c) Un nexo causal entre las importaciones subvencionadas y el daño sufrido.

El subsidio otorga una ventaja sobre aquellos productores a los que les sea otorgado, dicha ventaja puede constituirse como una distorsión en el precio final del producto, misma que puede afectar la competencia y los derechos comerciales de otros Miembros. Por tanto, cualquier subvención que tenga efectos desfavorables para otro (s) Miembro (s), está calificada como perjudicial para el comercio y la competencia, y faculta al Miembro afectado a iniciar un procedimiento para que éstos desaparezcan e imponer medidas que contrarresten dichos efectos. Cuando hablamos de bienes en general, estas disposiciones son completamente adecuadas y consistentes con la lógica del acuerdo de liberalización comercial. No obstante, en el caso de bienes ambientales disponibles en el mercado, se trata de una situación particularmente especial en la que un nuevo objetivo adicional al de liberalización comercial intersecta su regulación y entra en juego: la protección al medio ambiente. Por ello tal vez la protección a la competencia y la apertura comercial puedan considerarse en un segundo plano de importancia, frente a la protección ambiental, en tratándose de la incentivación del desarrollo y el despliegue, y la posterior promoción para el uso, de bienes que tienen como finalidad mejorar el ambiente, y

más aún, mitigar el cambio climático o adaptarse a sus consecuencias. En éste caso a pesar de que los bienes ambientales formen parte del mercado internacional de bienes, pienso que disposiciones especiales deberían reglamentar el otorgamiento de apoyos gubernamentales a favor de la incentivación para su desarrollo y la promoción de su uso. Al respecto, coincido con la idea del autor Joost Pauwelyn, cito: “Por consiguiente [la OMC] debe, tener en cuenta los intereses a favor de ambos, la liberalización comercial y los valores no comerciales que requieren restricciones comerciales.”⁸² Aunque en este caso, no se trate de una restricción comercial, sino de una no restricción comercial, de una exención del cumplimiento de una obligación, que podría menoscabar los derechos de otros Miembros, pero promueve la protección ambiental mediante una mayor accesibilidad al uso y desarrollo de tecnologías más limpias.

La misma idea podría aplicarse al derecho de imposición de derechos o cuotas compensatorias, que en este caso, funcionarían como barreras comerciales para el acceso al mercado de bienes ambientales.

Referente a esto, el autor John H. Jackson propone la existencia de excepciones ambientales dentro de las reglas de los subsidios que podrían ser tomadas en cuenta para el adecuado desarrollo de la relación comercio-medio ambiente, dentro de este tema, una de ellas propone lo siguiente:

Una modificación a la definición de “subvención recurrible” que permita ciertos tipos de beneficios gubernamentales para promover el desarrollo de bienes que fomenten el uso de fuentes de energía renovables, y tecnologías que obtengan bajas emisiones de carbono, con la finalidad de mitigar y/o adaptarse a los efectos del cambio climático.⁸³

Lo que en mi opinión se traduciría, no a que los Miembros pierdan su derecho a someter una subvención ambiental a revisión por parte del OSD, sino en que el panel que evaluara los efectos de la subvención, pudiera valorar tres puntos clave, para decidir si se debe o no dar un trato especial a la subvención concedida,

⁸² PAUWELYN J., *Op. cit.*, p. 552.

⁸³ JACKSON John H., *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?*, JOHN H. JACKSON, Washington and Lee Law Review, The School of Law, Washington and Lee University, USA, 1992., p. 15.

- 1) Identificar qué es un bien ambiental (al respecto, actualmente se están llevando a cabo negociaciones bajo el mandato del Artículo 31.1 de la Declaración de Doha sobre cómo identificar los bienes ambientales)⁸⁴, y definir si en efecto el producto subvencionado es un bien ambiental,
- 2) Si el objetivo del apoyo gubernamental a dicho bien en verdad persigue fines ambientales y cumple con requisitos establecidos (tales como objetividad, promover el desarrollo y el uso de fuentes de energía renovables, y bienes y tecnologías que tengan bajas emisiones de carbono, o incluso tal vez aquellos señalados en el artículo 8), es decir, que no tiene fines proteccionistas, y,
- 3) Su efectividad para el cumplimiento de los mismos.

De este modo, si dicha subvención cumpliera estos requisitos, pudiera recibir un trato especial quedando exenta de medidas compensatorias, a pesar de menoscabar intereses comerciales, tal como si se tratara de una excepción bajo el amparo del Artículo XX del GATT incisos b) o g).

F. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) fue uno de los temas novedosos aprobado en la Ronda Uruguay, su finalidad es reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual y asegurar que las medidas para proteger la propiedad intelectual no se conviertan en barreras al comercio legítimo. En este sentido, el objetivo esencial de la protección a los derechos de propiedad intelectual, es incentivar y promover la innovación y facilitar la difusión de la tecnología, de forma tal que se equilibren los intereses legítimos tanto de creadores como de usuarios de conocimiento tecnológico, en un asunto de beneficio social que favorezca el bienestar social y económico en

⁸⁴ Información obtenida de la página web de la OMC: www.wto.org. Disponible en: http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/envir_10jan11_e.htm. Consultada el 27 de enero de 2011.

equilibrio de derechos y obligaciones⁸⁵. Este acuerdo se relaciona con el medio ambiente de tres formas palpables:

- 1) En relación con la Sección 5 del ADPIC (patentes), se hace referencia específica al medio ambiente en el párrafo 2 del Artículo 27.

En el párrafo 2 del Artículo 27 se establece que los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o evitar daños graves al medio ambiente. Es decir, el acuerdo autoriza a los Miembros a rechazar la concesión de patentes para aquellos inventos que puedan poner en peligro el medio ambiente, siempre que su explotación comercial esté prohibida como condición necesaria para la protección del medio ambiente.

Sección 5. Patentes.

Artículo 27. Materia patentable.

(...)

Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

(...)

(Énfasis añadido).

- 2) En relación también a patentes, surge la disyuntiva relativa a la promoción y accesibilidad de las nuevas “tecnologías verdes” vs. competitividad empresarial.

⁸⁵ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.

Artículo 7.

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Debido a la importancia que tienen las nuevas tecnologías que aprovechen energías renovables o que fomenten las bajas emisiones de carbono, y la necesidad imperante de las mismas para poder plantear soluciones de adaptación y mitigación al cambio climático, recientemente se ha discutido su patentabilidad frente a la accesibilidad de las mismas. No hay duda de que incentivar su uso y procurar que éstas se encuentren lo más accesibles posible y tengan el mayor uso posible, son cuestiones fundamentales. Sin embargo, también es importante mencionar que la competitividad comercial y el beneficio económico es la mayor de las veces uno de los mayores incentivos para promover su desarrollo. Por lo que ésta discusión sigue abierta en los foros de propiedad intelectual.

Una de las propuestas que he encontrado más interesantes es la que plantea el Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible, que desde enero de 2008 lanzó un proyecto en coordinación con las compañías IBM, Nokia, Pitney Bowes y Sony, fundado en el compromiso de que cualquier persona o empresa que quiera aportar beneficios ambientales en el mercado, puede utilizar estas patentes para proteger el medio ambiente y permitir la colaboración entre las empresas que buscan éstas innovaciones. Los objetivos de la Eco-Patent Commons atienden la necesidad de las empresas de ser competitivas y al mismo tiempo sostienen un compromiso de cooperación, éstos son:

- Proporcionar una vía por la cual las innovaciones y las soluciones puedan ser fácilmente compartidos para acelerar y facilitar la implementación de la protección al medio ambiente buscar dar lugar a una mayor innovación.

- Promover y fomentar la cooperación y la colaboración entre las empresas que ostentan las patentes y los posibles usuarios para fomentar aún más la innovación conjunta, la promoción y el desarrollo de soluciones que beneficien el medio ambiente.

Desde el lanzamiento de la Eco-Patent Commons en enero de 2008, cien patentes ecológicas han sido facilitadas por once empresas que representan una variedad de industrias en todo el mundo: Bosch, Dow, DuPont, Fuji, Xerox, IBM, Nokia, Pitney Bowes, Ricoh, Sony, Taisei y Hewlett Packard.⁸⁶

⁸⁶ Información obtenida de la página web del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible: www.wbcso.org.

- 3) En relación a marcas existe la cuestión relativa a la certificación de bienes y productos respetuosos del medio ambiente y la supresión de marcas con representación engañosa de éstas características.

No obstante, considero que el acercamiento óptimo para los temas de propiedad intelectual y medio ambiente, aunque intersectan con el comercio, corresponden directamente al organismo especializado en propiedad intelectual, que es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

G. Acuerdo General de Comercio de Servicios.

El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) que fue también uno de los temas novedosos negociados durante la Ronda Uruguay, es el primer acuerdo multilateral que establece el marco de reglas y principios concernientes al comercio internacional de servicios, con miras hacia la transparencia y una liberalización comercial progresiva que fomenten el crecimiento económico y el desarrollo.

Por medio de éste acuerdo, los Miembros definen cuál será la prestación de servicios que se va a abarcar y se comprometen a regularlos, extendiendo progresivamente las disciplinas comerciales básicas del intercambio de bienes, al comercio internacional de servicios, por ejemplo el principio de no discriminación a través de la cláusula de nación más favorecida (Artículo II) o el principio de transparencia (Artículo III).

En cuanto a acceso a mercados la liberalización debía ser continua pero progresiva, para ello cada Miembro elaboró una lista en la que se consignan los compromisos específicos relativos a los sectores de servicios que incluiría el Acuerdo, de acuerdo con el Artículo XX la Lista especificaría:

Disponible en:

<http://www.wbcsd.org/templates/TemplateWBCSD5/layout.asp?type=p&MenuId=MTQ3NQ&doOpen=1&ClickMenu=Lef tMenu>. Consultada el 25 de enero de 2011.

- a) los términos, limitaciones y condiciones en materia de acceso a los mercados;
- b) las condiciones y salvedades en materia de trato nacional;
- c) las obligaciones relativas a los compromisos adicionales;
- d) cuando proceda, el marco temporal para la aplicación de tales compromisos; y
- e) la fecha de entrada en vigor de tales compromisos.

No obstante también se incluyó en el AGCS una cláusula de excepciones generales que enlista las condiciones bajo las cuales se autoriza a los Miembros a adoptar medidas no compatibles con el acuerdo. Esta cláusula se encuentra contenida en el Artículo XIV del AGCS, y en el apartado b) es donde se encuentra la excepción que aborda las preocupaciones ambientales en cuanto al comercio de servicios:

Artículo XIV: Excepciones generales.

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

(...)

- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

(...)

Como se puede observar, ésta cláusula se encuentra redactada de manera casi equivalente al Artículo XX del GATT; el apartado b) es idéntico, y el encabezado difiere únicamente en cuanto al requisito de similitud, tratándose en este caso de circunstancias y no de bienes similares. Por tanto, la argumentación relativa al derecho de los Miembros de proteger el medio ambiente, supeditado a una cláusula de excepción y no a un derecho sustantivo como tal, es prácticamente la misma que la que se expresó en la sección relativa al Artículo XX del GATT.

No obstante, desde mi punto de vista, la verdadera trascendencia ambiental en el ámbito del comercio de servicios no reside en esta excepción. Y aunque resulta obvio que la restricción de servicios en detrimento del medio ambiente es necesaria para su protección, la verdadera contribución del comercio servicios a la relación comercio-medio ambiente, sigue la lógica de la liberalización comercial. Pues, contrario a las demás disciplinas tratadas donde las “restricciones o barreras comerciales” eran necesarias para lograr objetivos de protección ambiental, en cuanto a comercio de servicios, la reducción o eliminación de barreras comerciales es fundamental para lograr que los servicios (así como los bienes) ambientales logren desarrollarse de forma óptima y tengan el mayor acceso a los mercados posible y al menor costo.

La reducción o eliminación de barreras comerciales es fundamental ya que varios estudios han demostrado que el mayor obstáculo para el uso de nuevos bienes y servicios ambientales, particularmente en el sector del aprovechamiento de energías renovables, es el costo de los mismos⁸⁷, que en muchas ocasiones se ve afectado por la imposición de tipos arancelarios que varían desde 0 hasta 60%⁸⁸ del valor del mismo.

Al respecto, las negociaciones llevadas a cabo en la Ronda Doha han prestado especial atención, siendo uno de los puntos enlistados en la Declaración Ministerial (WT/MIN(01)/DEC/1) en el apartado iii) del párrafo 31:

Comercio y medio ambiente.

31. Con miras a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, convenimos en celebrar negociaciones, sin prejuzgar su resultado, sobre:

(...)

iii) la reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos.

(...)

⁸⁷ STEENBLINK Ronald y MATSUOKA Takenori, *Facilitating Trade in selected Climate Change Mitigation Technologies in Electricity Generation and Heavy Industry Sectors*, Capital COM/TAD/ENV/JWPTE, OECD, 2008, p.11.

⁸⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO y PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Op. cit.*, p. 81.

Estas negociaciones podrían resultar en una disminución y/o reducción de las barreras comerciales a bienes y servicios ambientales, y por tanto mejorar su acceso al mercado mundial, siendo más efectivos y diversos y menos caros; situación que contribuiría considerablemente a los esfuerzos de adaptación y mitigación del cambio climático.

Actualmente los servicios ecológicos o ambientales se encuentran cubiertos bajo el Artículo XIX del AGCS, es decir, que tanto su acceso a mercados como los compromisos de trato nacional, son diferentes para cada país de acuerdo con los compromisos específicos establecidos en sus Listas, y su liberalización comercial se encuentra programada para futuras negociaciones. Desde mi punto de vista, estas negociaciones deberían ser presionadas para comenzar a incluir ciertos servicios ambientales identificados como “necesarios” para la mitigación del cambio climático, al ritmo, en la medida y en los modos de prestación que cada Miembro considere apropiados, pero comenzar a incluirlos en las Listas. Estos servicios podrían incluir categorías como por ejemplo, control de contaminación del aire, desarrollo e implementación de energías renovables (tanto industriales como de uso doméstico), gestión de residuos, tratamiento de aguas y captura o almacenamiento de carbono. La reducción de aranceles en estas categorías de servicios y productos, podría mejorar sustancialmente su difusión en todo el mundo, y de esta manera contribuir directamente con la mitigación del cambio climático.

Al respecto, algunos Miembros se reunieron del 10 al 14 de enero del presente año para discutir propuestas sobre el mencionado Artículo 31 apartado iii) de la Declaración de Doha, sin embargo las principales propuestas en cuanto a la reducción o eliminación de barreras comerciales versaron sobre la identificación de bienes ambientales, destacando que el tema de servicios también es relevante, pero posponiéndolo para la próxima reunión.⁸⁹

El tema de la liberalización de bienes y servicios ambientales ha sido identificado como una de las situaciones ganar-ganar, pues favorecen tanto a la apertura comercial, como al desarrollo y a

⁸⁹ Información obtenida de la página web de la OMC: www.wto.org
Disponible en: http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/envir_10jan11_e.htm. Consultada el 28 de enero de 2011.

la protección del medio ambiente. Y por tanto considero que estos deberían ser los temas más apremiantes en la agenda de la cuestión comercio-medio ambiente.

4. El Medio Ambiente en la OMC, una preocupación real: El Comité de Comercio y Medio Ambiente.

La OMC no trata únicamente la liberalización en el intercambio de bienes y servicios, sino de hacerlo con la finalidad de promover el desarrollo económico de sus Miembros de manera equitativa y no discriminatoria. Citando información de la página web la OMC:

La liberalización del comercio no es un fin en sí mismo: está vinculada a valores humanos y objetivos de bienestar fundamentales, consagrados en la carta fundacional de la OMC, el Acuerdo de Marrakech. Estos objetivos son, entre otros, la mejora de los niveles de vida, la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y la protección y conservación del medio ambiente.⁹⁰

Esto implica que, en algunas circunstancias específicas, sus reglas apoyen la permanencia de barreras al comercio, por ejemplo, cuando esté justificado por tratarse de temas de protección al consumidor, al ambiente o a la salud humana, entre otros. Lo que significa, que éstos objetivos son valorados por los Miembros tanto o por encima de la consecución de la liberalización comercial ya que favorecen el objetivo último, que es el crecimiento económico.⁹¹ La permanencia de barreras comerciales con objetivos legítimos es en ocasiones necesaria para salvaguardarlos, sin embargo, aunque así pareciera, el crecimiento económico y dichos objetivos no son opuestos.

La primera aparición de temas ambientales relacionados con temas comerciales comienza también en los años setenta, cuando iniciaban los preparativos para la antes mencionada

⁹⁰ Información obtenida de la página web de la OMC www.wto.org. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/climate_intro_s.htm Cabe aclarar que como nota expresada al margen de la página se señala que: [la información aquí presentada fue elaborada por la Secretaría de la OMC y]... ningún elemento de la presente nota afecta, ni tiene por finalidad afectar en modo alguno a los derechos y las obligaciones de los Miembros de la OMC.

Información consultada el 23 de noviembre de 2010.

⁹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Entender la OMC, Publicaciones de la OMC, Editado y publicado por la División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 4ª Edición, Suiza, 2008, pp. 65.

Conferencia de Estocolmo en 1972 que abordaría la relación entre crecimiento económico, desarrollo social y medio ambiente. En razón de la Conferencia se solicita una aportación del GATT, quien responde con la creación del Grupo de Medidas Ambientales y Comercio Internacional (MACI), cuyo trabajo se avocó al estudio de su mandato: el análisis del impacto de las políticas ambientales sobre el comercio internacional y la preocupación del nuevo “proteccionismo verde”, que implicaba medidas proteccionistas encubiertas como medidas ambientales. El grupo MACI presentó en Estocolmo un Estudio de las Partes Contratantes del GATT, y permaneció activo para tratar temas de la relación comercio-medio ambiente a petición de cualquiera de las Partes Contratantes. No obstante, no se requirió una reunión hasta 1991.

Cuando en 1987 se publica el Informe Brundtland (Informe socio-económico elaborado para la ONU) en el cual se acuña el término “desarrollo sostenible” identificándolo como aquel que *“satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones”*, este se postula como el vínculo entre la protección al ambiente y el desarrollo económico⁹². Así, el grupo MACI adquiere relevancia y aceptación entre las Partes Contratantes del GATT, y continúa con su mandato que se extiende a estudiar también las disposiciones comerciales contenidas en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA’S) y la transparencia de las medidas nacionales.

En 1991 vuelve a reunirse el grupo MACI con miras a su participación dentro de la Cumbre de Río de 1992, en la cual, se destacó el papel del comercio internacional en la mitigación de la pobreza y en la lucha contra la degradación ambiental.

Como se señaló previamente durante la Ronda Uruguay, se introdujeron a las normas de comercio nuevas cuestiones ambientales. En el preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, se afirmaron objetivos de desarrollo sustentable y protección ambiental⁹³. A pesar de que el preámbulo no sea una disposición

⁹² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *Cursos de Política Comercial*, Publicaciones OMC, Suiza 2003, p. 25.4.

⁹³ En el primer párrafo del Preámbulo del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, se afirma lo siguiente:

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y

vinculante dentro de las normas comerciales, el Órgano de Apelación, sostuvo que esta afirmación *debe añadir color, textura y sombreado a los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC*⁹⁴. La inclusión de ésta afirmación en el preámbulo tiene relevancia ya que significó que para los Miembros, la creación de un sistema de comercio multilateral, puede y debe apoyar los esfuerzos de protección al ambiente y desarrollo sustentable⁹⁵.

Los Miembros de la OMC acordaron entonces, mediante Decisión Ministerial⁹⁶ la creación de un programa de trabajo específico que se ocupara de estos asuntos. Y en 1994, se crea el Comité de Comercio y Medio Ambiente que releva al grupo MACI. Su función abarca todas las áreas del sistema multilateral de comercio (comercio de bienes, comercio de servicios, propiedad intelectual) con el fin de estudiar la relación existente entre comercio y medio ambiente. El Comité no depende de ningún Consejo específico, y rinde periódicamente sus informes directamente al Consejo General. La creación de un comité específico dentro de la OMC es muy significativa ya que implica la existencia de una preocupación de los Miembros no sólo ambiental, sino de comprender cómo se desarrollarán y resolverán los conflictos entre las normas o políticas ambientales, cada vez más frecuentes, y las disposiciones o restricciones comerciales, cumpliendo tanto los objetivos de apertura comercial y no discriminación como los de salvaguardia del medio ambiente⁹⁷. El Comité de Comercio y Medio Ambiente es el foro permanente dentro de la OMC,

*demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, **permitiendo al mismo tiempo 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...*

(énfasis añadido).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, Marrakech, Marruecos, 15 de abril de 1994. (México es miembro de la OMC desde el 1° de enero de 1995, decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994).

⁹⁴ Caso US-Shrimp/Turtle I AB Report, párrafo 155.

⁹⁵ Mismas que fueron abordadas en el tema 3 del presente Capítulo.

⁹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos*, Publicaciones de la OMC, Ginebra, Suiza, 2003, pp. 502-505. La Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente que contiene el mandato de establecer el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, forma parte integrante del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, firmada en Marrakech, Marruecos, 15 de Abril de 1994, por la cual se inicia la transición del GATT a la OMC.

⁹⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Entender la OMC*, Publicaciones de la OMC, Editado y publicado por la División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 4° Edición, Suiza, 2008, pp. 65-70 y 87.

dedicado al diálogo continuo entre los gobiernos, relativo al impacto de las políticas comerciales en el medio ambiente y al impacto de las políticas ambientales en el comercio internacional.

El Comité opera bajo dos principios fundamentales:

- 1) La OMC es un órgano internacional competente en la esfera de comercio. Lo que significa que la intención de los Miembros no fue crear un órgano que reglamentara o interviniera en las políticas ambientales nacionales o internacionales. Su tarea es estudiar los conflictos potenciales que surjan de la relación comercio-medio ambiente o los beneficios que puedan surgir de la misma.
- 2) Al identificar conflictos existentes, la solución propuesta tendrá que ajustarse a los principios del sistema de comercio de la OMC de liberalización comercial, trato equitativo y no discriminatorio y transparencia, que hasta ahora, han sido suficientes.

Así mismo, el trabajo del Comité se centra en puntos específicos de la mencionada relación comercio-medio ambiente, por ejemplo:

- 1) ¿Cómo están relacionados la OMC y los acuerdos sobre el Medio Ambiente? El efecto de las medidas ambientales sobre el acceso a mercados, particularmente en países en desarrollo (PED).
- 2) Posibles diferencias: eco-etiquetado, restricción de productos o procesos, transparencia, etc. Examinar en qué casos las normas de la OMC son incompatibles con las medidas ambientales, el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio lleva a cabo un análisis paralelo a éste. En general, el Comité de Comercio y Medio Ambiente debe poner especial atención a todas aquellas normas que sea necesario clarificar o especificar.
- 3) Fomento a la capacitación y asistencia técnica en materia de comercio y medio ambiente a PED, proveniente tanto de países desarrollados como de la propia OMC.
- 4) ¿Dónde deben examinarse las diferencias? Hasta ahora no ha habido ninguna diferencia derivada de la aplicación de una medida que afecte al comercio, tomada bajo el marco de un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente, sin embargo, la posibilidad ya no es remota, por lo que habrá que poner especial atención, cuando el foro que la resuelva sea comercial.

- 5) Posibles situaciones “ganar-ganar-ganar”, cuando la eliminación o disminución de una medida restrictiva del comercio, favorece al medio ambiente, al comercio y al desarrollo, por ejemplo, la liberalización de productos, servicios y tecnologías “verdes”.
- 6) Profundizar y clarificar en la relación existente entre los ADPIC’s y la Convención para la Diversidad Biológica.

En la primera Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en 1996 en Singapur, se reconoce la importante labor del Comité de Comercio y Medio Ambiente y se incluye en la Declaración Ministerial un párrafo alusivo al medio ambiente que retoma los puntos de acción del Comité.⁹⁸

Cabe mencionar también como parte del trabajo que enfoca la OMC hacia el medio ambiente, la inclusión de estos temas, en la agenda de la Ronda Doha, en la que por primera vez, los Miembros llevan a cabo negociaciones relativas a comercio y medio ambiente, bajo el compromiso de seguir el camino del desarrollo sustentable. En noviembre de 2001, se llevó a cabo en Doha, Qatar, la Cuarta Conferencia Ministerial de los miembros de la OMC. Esta proveyó el mandato para comenzar negociaciones sobre la profundización en temas ya existentes, y para iniciarlas en otros nuevos. Los miembros han identificado al desarrollo como el núcleo o pilar de éstas nuevas negociaciones. Especialmente el desarrollo de los PED y de aquellos Estados menos adelantados dentro de éste grupo. Y como se mencionó en párrafos anteriores, actualmente, desarrollo implica sustentabilidad, por lo que el medio ambiente es uno de los temas destacados

⁹⁸ CONFERENCIA MINISTERIAL DE LA OMC, SINGAPUR, 1996:

(...)

16. El Comité de Comercio y Medio Ambiente ha hecho una contribución importante al cumplimiento de su programa de trabajo. El Comité viene examinando y mantendrá en examen, entre otras cosas, el alcance de los aspectos complementarios entre la liberalización del comercio, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente. La plena aplicación de los Acuerdos de la OMC será una contribución importante a la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible. La labor del Comité ha puesto de relieve la importancia de la coordinación de políticas a nivel nacional en la esfera del comercio y el medio ambiente. A este respecto, ha enriquecido los trabajos del Comité la participación de expertos tanto ambientalistas como comerciales de los gobiernos Miembros, y sería de desear que esos expertos continuaran participando en las deliberaciones del Comité. La amplitud y la complejidad de las cuestiones abarcadas por el programa de trabajo del Comité muestran que es necesario realizar nuevos trabajos en todos los puntos de su orden del día, según figuran en su informe. Tenemos el propósito de actuar sobre la base de la labor realizada hasta ahora; encomendamos, por tanto, al Comité que lleve a cabo sus trabajos, rindiendo informe al Consejo General, en el marco de su mandato actual.

(...)

WT/MIN(96)/DEC Adoptada el 13 de diciembre de 1996.

Información obtenida de la página web de la OMC: www.wto.org. Disponible en:

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm. Consultada el 04 de Agosto de 2011.

del Programa de Trabajo de la agenda Doha, incluido en los párrafos 31, 32 y 33 de la Declaración Ministerial.⁹⁹

Aunque la negociación no ha avanzado tan rápidamente como se esperaba, y se han prolongado los plazos para su conclusión, los objetivos son idealistas y ambiciosos, por lo que se espera que los Miembros den prioridad a las negociaciones y se establezca una nueva fecha límite para su resolución. La consolidación de la agenda Doha será un importante parte-aguas en la relación Comercio-Medio Ambiente tratada en la OMC.

Los principales aspectos a negociar dentro del tema Comercio y Medio Ambiente en la agenda de Doha son:

- 1) Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente (AMUMA's). La relación que tienen con las normas de la OMC.
- 2) El fomento al intercambio de información entre el Comité de Comercio y Medio Ambiente y los secretariados de los diferentes AMUMA's.
- 3) La condición de observador en la OMC. La posibilidad de que algunas agencias ambientales internacionales puedan participar como observadoras en la OMC actualmente no existe por razones políticas, se busca desarrollar criterios para participantes con ésta condición.
- 4) Eliminación de barreras comerciales en bienes y servicios ambientales. Como se explicó anteriormente, esta es una situación identificada como "ganar-ganar-ganar" por lo que se busca que sea desarrollada lo más pronto posible.¹⁰⁰

⁹⁹ El texto completo de La Declaración Ministerial de la Ronda Doha (WT/MIN(01)/DEC/1) se encuentra disponible en la página web de la OMC:

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm Consultada el 27 de enero de 2011.

¹⁰⁰ Información obtenida de la página web de la Organización Mundial del Comercio: www.wto.org
http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/doha1_e.htm Consultada el 24 de octubre de 2010.

5. Los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAs) relativos al Cambio Climático y las Normas de la OMC.

En la presente sección se presenta un análisis de cuál es la relación existente entre los dos acuerdos multilaterales relativos al cambio climático y las normas de la OMC, por lo que se detallarán las reglas del acuerdo que se relacionan con el comercio, tales como restricciones, prohibiciones, sanciones, transferencia de tecnología, asistencia técnica, etc.

A. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Como se explicó en el Capítulo I, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC o UNFCCC por sus siglas en inglés), provee el marco de acción por el que los países miembros acuerdan aceptar compromisos y obligaciones de cooperación internacional para hacer frente al cambio climático. La UNFCCC, *alienta* a los países industrializados a limitar sus emisiones de GEI. Fue firmada en mayo de 1992, y entró en vigor internacional el 21 de marzo de 1994. Su objetivo principal es la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera en un nivel tal que evite la interferencia antropogénica peligrosa con el sistema climático. Actualmente cuenta con 196 Partes (dos de ellas únicamente observadores), de lo cuales 150 son Miembros de la OMC¹⁰¹.

El órgano principal de toma de decisiones de la UNFCCC, es la Conferencia de las Partes (COP), que consta de representantes gubernamentales (en algunos casos incluso, jefes de estado o de gobierno) de los países miembros de la convención. La COP se reúne anualmente durante dos semanas para evaluar el estado del cambio climático y la efectividad del tratado, las actividades de los países miembros, y los nuevos avances científicos. Así mismo, las negociaciones sobre la implementación de medidas, o nuevas enmiendas al texto del tratado, es decidida por consenso por los miembros de la COP¹⁰².

¹⁰¹ Véase Anexo I al Capítulo II: Estados Parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

¹⁰² Información obtenida de la página web de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: <http://unfccc.int> Consultada el 24 de octubre de 2010.

Uno de los temas principales de la Convención, es que divide a los países Miembros en tres grupos, cada uno, con un nivel de compromisos diferente para el límite de sus emisiones¹⁰³:

- Los países Anexo 1: Aquellos países industrializados responsables de aproximadamente el 63.7% de las emisiones totales globales y con compromisos de reducción más estrictos. Incluidos los Estados parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y aquellos que se encuentran en proceso de transición a una economía de mercado (marcados con un asterisco):

- Alemania	*Estonia	- Luxemburgo
- Australia	* Rusia	- Noruega
- Austria	- Finlandia	- Nueva Zelandia
*Bielorrusia	- Francia	- Países Bajos
- Bélgica	- Grecia	*Polonia
*Bulgaria	*Hungria	- Portugal
- Canadá	- Irlanda	- Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte
- Comunidad Europea	- Islandia	*Rumania
*Checoslovaquia	- Italia	- Suecia
- Dinamarca	- Japón	- Suiza
- España	*Letonia	- Turquía
- EUA	*Lituania	*Ucrania
-Malta (agregado por enmienda al Anexo 1 realizada en la Decisión 3/CP.15)		

- Los países Anexo 2: Países miembros de la OCDE, sin incluir a Turquía. Cuentan con compromisos de financiación de mecanismos para reducción de emisiones para PED.
- Los países No Anexo 1. Todos los demás Estados Miembro (la mayoría países en desarrollo y los 49 identificados como menos adelantados). Participación voluntaria en el compromiso de reducción de emisiones y tienen derecho a recibir apoyo técnico y financiero de los países Anexo I para implementar medidas de reducción de GEI.

¹⁰³ Para conocer la lista completa actual de los Estados Anexo I, Anexo II y no Anexo I, se puede consultar la página web de la CMNUCC disponible en: <http://unfccc.int/2860.php>. También se encuentra citada en el siguiente Capítulo del presente trabajo.

a) Medidas específicas relacionadas con el comercio.

La UNFCCC no restringe directamente al comercio, es decir al ser una convención marco, no cuenta con obligaciones específicas jurídicamente vinculantes, sin embargo, las acciones llevadas a cabo por los países para la implementación de la convención, podría tener implicaciones comerciales, es decir, la relación entre las reglas de ésta y las reglas de la OMC depende de cómo las Partes de la Convención ejerzan sus compromisos bajo la misma, por ejemplo los tipos de medidas que elijan poner en práctica para la reducción de emisiones:

En el párrafo 5° del Artículo 3 de la Convención, que enuncia los principios bajo los cuales debe llevarse a cabo la adopción de medidas para la consecución del objetivo último, se hace mención de que las Partes deben cooperar para que éstas no constituyan *“un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional”*¹⁰⁴. No obstante, hasta la fecha, no se ha reportado ningún impacto adverso al comercio, consecuencia de la aplicación de políticas y medidas adoptadas por las Partes de la Convención.

Así mismo, en el Artículo 4, se enuncian los compromisos que los Estados adquieren en virtud del citado instrumento, al respecto el párrafo 2° establece aquellos compromisos exclusivos de los Estados Parte del Anexo I. Y en el inciso a) los Estados Anexo I se comprometen a implementar políticas nacionales y medidas para la mitigación del cambio climático, limitando sus emisiones de GEI y protegiendo sus sumideros.¹⁰⁵

Cito:

Artículo 4.

(...)

2. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes incluidas en el anexo I se comprometen específicamente a lo que se estipula a continuación:

¹⁰⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Artículo 3 párrafo 5 de la “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”; óp. cit.

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, Comité de Comercio y Medio Ambiente, “Matriz de las Medidas Comerciales Adoptadas en el Marco de Determinados Acuerdos Ambientales Multilaterales”, Nota de la Secretaría, Revisión 4, Mayo del 2007, documento no publicado: WT/CTE/W/160/Rev.4 TN/TE/S/5/Rev.2. pp. 30-33, 88-89.

- a) Cada una de esas Partes adoptará políticas nacionales* y tomará las medidas correspondientes de mitigación del cambio climático, limitando sus emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y protegiendo y mejorando sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero. (...)

* Ello incluye las políticas y medidas adoptadas por las organizaciones regionales de integración económica.¹⁰⁶

Nuevamente, hasta la fecha, no se ha reportado ningún impacto adverso al comercio, ni se ha suscitado controversia alguna derivada exclusivamente de la aplicación de políticas y medidas adoptadas por las Partes de la Convención. No obstante, la tensión ocasionada por la ineffectividad y los conflictos del Protocolo Kyoto, y la falta de un acuerdo global sobre cambio climático, ocasiona cada vez más que los esfuerzos para encontrar soluciones resulten en medidas unilaterales, que con frecuencia puedan constituir barreras u obstáculos al comercio. Y una vez más, destacará la importancia de la interpretación judicial de las reglas de la OMC así como de los compromisos en materia ambiental. Sin embargo, hasta ahora los conflictos comercio vs. medio ambiente que han surgido en la práctica, se han centrado en cuestiones de arbitrariedad, falta de justificación o trato discriminatorio, más que el planteamiento de un desafío directo a la aplicabilidad de las normas de los acuerdos ambientales, como se explicará en la sección relativa a Inclinaciones y tendencias de los paneles internacionales.¹⁰⁷

En cuanto a aquellas medidas cuya implementación apoya tanto al medio ambiente como al comercio, en la Convención como en el Protocolo identificamos aquellas que implican el otorgamiento de apoyo técnico o financiero de países desarrollados a países en desarrollo, para que éstos últimos estemos también en la posibilidad de implementar medidas ambientales de mitigación y/o adaptación al cambio climático.

Dentro del texto de la Convención encontramos nuevamente en primer lugar al artículo 4 que habla sobre los compromisos de las Partes teniendo en cuenta el principio de responsabilidades

¹⁰⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Artículo 4 párrafo 2 inciso a) de la “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”; New York, E.U.A; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

¹⁰⁷ BOYLE ALAN, *International Environmental Law and WTO Law*, en BODANSKY, BRUNEE y HEY, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2007, pp. 136-138.

comunes pero diferenciadas y el carácter específico de las prioridades nacionales; en el párrafo tercero se establece el compromiso exclusivo de las Partes en el Anexo II de brindar asistencia técnica y financiera a países en desarrollo para que puedan participar en las acciones de adaptación y mitigación; el párrafo cuarto refiere la asistencia a países especialmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático; el párrafo quinto habla del compromiso de todas las Partes de fomentar la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos, o el acceso a ellos, a otras Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, a fin de que puedan aplicar las disposiciones de la Convención; mientras que los párrafos 7 y 8 hablan de la importancia de dichos compromisos:

Artículo 4. Compromisos.

(...)

3. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas que figuran en el Anexo II, proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para cubrir la totalidad de los gastos convenidos que efectúen las Partes que son países en desarrollo para cumplir sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 12. También proporcionarán los recursos financieros, entre ellos recursos para la transferencia de tecnología, que las Partes que son países en desarrollo necesiten para satisfacer la totalidad de los gastos adicionales convenidos resultantes de la aplicación de las medidas establecidas en el párrafo 1 de este artículo y que se hayan acordado entre una Parte que es país en desarrollo y la entidad internacional o las entidades internacionales a que se refiere el artículo 11, de conformidad con ese artículo. Al llevar a la práctica esos compromisos, se tomará en cuenta la necesidad de que la corriente de fondos sea adecuada y previsible, y la importancia de que la carga se distribuya adecuadamente entre las Partes que son países desarrollados.

4. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas que figuran en el Anexo II también ayudarán a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a hacer frente a los costos que entrañe su adaptación a esos efectos adversos.

5. Las Partes que son países en desarrollo y las demás Partes desarrolladas que figuran en el Anexo II tomarán todas las medidas posibles para promover, facilitar y financiar, según proceda, la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos, o el acceso a ellos, a otras Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, a fin de que puedan aplicar las disposiciones de la Convención. En este proceso, las Partes que son países desarrollados apoyarán el desarrollo y el mejoramiento de las capacidades y tecnologías endógenas de las Partes que son países en desarrollo. Otras Partes y organizaciones que estén en condiciones de hacerlo podrán también contribuir a facilitar la transferencia de dichas tecnologías.

(...)

7. La medida en que las Partes que son países en desarrollo lleven a la práctica efectivamente sus compromisos en virtud de la Convención dependerá de la manera en que las Partes que son países desarrollados lleven a la práctica efectivamente sus compromisos relativos a los recursos financieros y la transferencia de tecnología, y se tendrá plenamente en cuenta que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son las prioridades primeras y esenciales de las Partes que son países en desarrollo.

8. Al llevar a la práctica los compromisos a que se refiere este artículo, las Partes estudiarán a fondo las medidas que sea necesario tomar en virtud de la Convención, inclusive medidas relacionadas con la financiación, los seguros y la transferencia de tecnología, para atender a las necesidades y preocupaciones específicas de las Partes que son países en desarrollo derivadas de los efectos adversos del cambio climático o del impacto de la aplicación de medidas de respuesta (...)

Así mismo, como parte del trabajo de Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico tiene como dos de sus funciones asegurarse de ésta cooperación:

Artículo 9. Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico.

(...)

2. Bajo la dirección de la Conferencia de las Partes y apoyándose en los Órganos internacionales competentes existentes, este Órgano:

(...)

c) Identificará las tecnologías y los conocimientos especializados que sean innovadores, eficientes y más avanzados y prestará asesoramiento sobre las formas de promover el desarrollo o de transferir dichas tecnologías;

d) Prestará asesoramiento sobre programas científicos, sobre cooperación internacional relativa a la investigación y la evolución del cambio climático, así como sobre medios de apoyar el desarrollo de las capacidades endógenas de los países en desarrollo; (...)

El siguiente compromiso que mantiene un énfasis en la cooperación para la asistencia financiera se encuentra en el artículo 11, el cual determina el mecanismo de financiación por el cual se proveerán los recursos financieros, incluyendo la transferencia de tecnología a países en desarrollo.¹⁰⁸

¹⁰⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Comité de Comercio y Medio Ambiente, “Matriz de las Medidas Comerciales Adoptadas en el Marco de Determinados Acuerdos Ambientales Multilaterales”, Nota de la Secretaría, Revisión 4, Mayo del 2007, documento no publicado: WT/CTE/W/160/Rev.4 TN/TE/S/5/Rev.2. pp. 102-104.

Estas normas podrían por tanto ser identificadas como medidas ganar-ganar, pues promueven el desarrollo de los países menos desarrollados, y la facilitación para el intercambio de aquellos bienes y servicios eficientes para la mitigación y/o adaptación al cambio climático, de esta forma, la liberalización comercial de éstos es fundamental para que puedan ser cada vez más accesibles.

B. Protocolo de Kyoto.

El Protocolo de Kyoto como se explicó en el capítulo I, es un instrumento internacional negociado bajo el auspicio de la CMNUCC, en la tercera Conferencia de las Partes, en Kyoto, Japón, con la finalidad de complementar y reforzar los compromisos contraídos bajo la Convención. Comparte la misma finalidad y meta última de la CMNUCC, que funge como marco general para una serie de compromisos y objetivos específicos y vinculantes. El protocolo **compromete** a 37 países industrializados y a la Unión Europea a cumplir con sus compromisos acordados de límite de emisiones. Los objetivos de los compromisos acordados responden a un período de tiempo de cuatro años, que actualmente va de 2008 a 2012. Fue firmado en diciembre de 1997, para entrar en vigor internacional finalmente en febrero de 2005. Actualmente cuenta con 193 Partes (siendo EUA el único Estado que actualmente no ha ratificado el Protocolo), de los cuales 150 son Miembros de la OMC¹⁰⁹.

El Protocolo comparte también el órgano principal de toma de decisiones de la convención, es decir la COP es también su máxima autoridad, fungiendo como Reunión de las Partes para el Protocolo (COP/CMP). Sin embargo, sólo aquellos representantes de la COP de Estados Miembros del Protocolo, podrán participar en la toma de decisiones para la MOP, siendo los demás únicamente observadores. La COP fungiendo como MOP, se encarga de establecer las medidas necesarias para la implementación del Protocolo, así como de evaluar el funcionamiento, impacto e ejecución de las ya existentes.¹¹⁰

¹⁰⁹ Véase Anexo 1 al Capítulo II: Estados Parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

¹¹⁰ Información obtenida de la página web de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php Consultada el 24 de octubre de 2010.

a) Medidas específicas relacionadas con el comercio.

La misma aseveración concerniente a la relación entre las medidas ambientales contenidas en la CMNUCC que puedan restringir el comercio, aplica para dichas medidas en el caso del Protocolo de Kyoto. Es decir, depende del tipo de medidas que las partes elijan implementar para cumplir con su compromiso cuantificado de limitación y reducción de emisiones para los años 2008 al 2012, si éstas tendrán o no un impacto en el comercio internacional. El artículo 3 del Protocolo señala el compromiso vinculante de los países Anexo I de reducir sus emisiones de CO₂ en un porcentaje específico para cada uno, consignado en el Anexo B, con miras a reducir el total de sus emisiones de GEI a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012. Sin embargo, las medidas a implementar quedan enteramente a elección de cada Parte.

No obstante, el artículo 2 del Protocolo enlista una serie de características de las medidas a elegir, entre las cuales se hace referencia al comercio internacional o puede apreciarse un posible efecto directo o indirecto sobre el mismo¹¹¹:

Artículo 2.

1. Con el fin de promover el desarrollo sostenible, cada una de las Partes incluidas en el anexo I, al cumplir los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3:

a) Aplicará y/o seguirá elaborando políticas y medidas de conformidad con sus circunstancias nacionales, por ejemplo las siguientes:

i) fomento de la eficiencia energética en los sectores pertinentes de la economía nacional;

ii) protección y mejora de los sumideros y depósitos de los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, teniendo en cuenta sus compromisos en virtud de los acuerdos internacionales pertinentes sobre el medio ambiente; promoción de prácticas sostenibles de gestión forestal, la forestación y la reforestación;

¹¹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Comité de Comercio y Medio Ambiente, “Matriz de las Medidas Comerciales Adoptadas en el Marco de Determinados Acuerdos Ambientales Multilaterales”, Nota de la Secretaría, Revisión 4, Mayo del 2007, documento no publicado: WT/CTE/W/160/Rev.4 TN/TE/S/5/Rev.2. pp. 30-33, 88-89.

iii) promoción de modalidades agrícolas sostenibles a la luz de las consideraciones del cambio climático;

iv) investigación, promoción, desarrollo y aumento del uso de formas nuevas y renovables de energía, de tecnologías de secuestro del dióxido de carbono y de tecnologías avanzadas y novedosas que sean ecológicamente racionales;

v) reducción progresiva o eliminación gradual de las deficiencias del mercado, los incentivos fiscales, las exenciones tributarias y arancelarias y las subvenciones que sean contrarios al objetivo de la Convención en todos los sectores emisores de gases de efecto invernadero y aplicación de instrumentos de mercado;

vi) fomento de reformas apropiadas en los sectores pertinentes con el fin de promover unas políticas y medidas que limiten o reduzcan las emisiones de los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal;

vii) medidas para limitar y/o reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal en el sector del transporte;

viii) limitación y/o reducción de las emisiones de metano mediante su recuperación y utilización en la gestión de los desechos así como en la producción, el transporte y la distribución de energía;

b) Cooperará con otras Partes del anexo I para fomentar la eficacia individual y global de las políticas y medidas que se adopten en virtud del presente artículo, de conformidad con el apartado i) del inciso e) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención. Con este fin, estas Partes procurarán intercambiar experiencia e información sobre tales políticas y medidas, en particular concibiendo las formas de mejorar su comparabilidad, transparencia y eficacia. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo, en su primer período de sesiones o tan pronto como sea posible después de éste, examinará los medios de facilitar dicha cooperación, teniendo en cuenta toda la información pertinente.

2. Las Partes incluidas en el anexo I procurarán limitar o reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional trabajando por conducto de la Organización de Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional, respectivamente.

3. Las Partes incluidas en el anexo I se empeñarán en aplicar las políticas y medidas a que se refiere el presente artículo de tal manera que se reduzcan al mínimo los efectos adversos, comprendidos los efectos adversos del cambio climático, efectos en el comercio internacional y repercusiones sociales, ambientales y económicas, para otras Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo y en particular las mencionadas en los párrafos 8 y 9 del artículo 4 de la Convención, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo podrá adoptar otras medidas, según corresponda, para promover el cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo.

4. Si considera que convendría coordinar cualesquiera de las políticas y medidas señaladas en el inciso a) del párrafo 1 supra, la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el

presente Protocolo, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales y los posibles efectos, examinará las formas y medios de organizar la coordinación de dichas políticas y medidas.

(Énfasis añadido).

Dichas medidas podrían representar o no una violación a las reglas de comercio internacional dependiendo de cómo se elija y se justifique la medida, por ejemplo:

Para las medidas de apoyo y fomento a la eficiencia energética, si una Parte decidiera fomentar el uso de “energías limpias” estableciendo un subsidio para aquella maquinaria que funciona con energía renovable en lugar de combustible, comprada y utilizada por sus productores nacionales de un determinado producto para apoyar a la reducción de sus niveles de emisiones de GEI, los productores nacionales contarían con una clara ventaja comercial respecto de los productores extranjeros. La situación podría complicarse un poco más si dicho producto proveniente de las plantas beneficiadas fuera exportado, y otros países importadores impusieran medidas compensatorias para contrarrestar el subsidio.

El abanico de posibles medidas ambientales para cumplir con el Protocolo es muy amplio, y aparentemente, todas ellas se encuentran justificadas bajo el cumplimiento del Protocolo, que se sostiene como *lex specialis*, por lo cual, en caso de una controversia de normas, su reglamentación prevalece sobre aquella relativa al comercio internacional¹¹². Otra complicación se derivaría de aquellos países que son Miembros de la OMC pero no son Parte del Protocolo¹¹³. Por tanto, la cooperación entre ambos temas es de importancia fundamental para lograr un equilibrio adecuado para ambos objetivos.

En cuanto a aquellas medidas favorables tanto para el comercio como para el medio ambiente, en el texto del Protocolo también se hace referencia a la provisión de apoyo o asistencia técnica o financiera como parte de los compromisos de los países Anexo II:

¹¹² Al respecto se abundará en el segundo tema del siguiente capítulo: Conflictos potenciales entre las normas de la OMC y el Protocolo de Kyoto.

¹¹³ *Ibidem*.

Artículo 11

(...)

2. En el contexto de la aplicación del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 y en el artículo 11 de la Convención y por conducto de la entidad o las entidades encargadas del funcionamiento del mecanismo financiero de la Convención, las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas incluidas en el anexo II de la Convención:

a) Proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para cubrir la totalidad de los gastos convenidos en que incurran las Partes que son países en desarrollo al llevar adelante el cumplimiento de los compromisos ya enunciados en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y previstos en el inciso a) del artículo 10;

b) Facilitarán también los recursos financieros, entre ellos recursos para la transferencia de tecnología, que necesiten las Partes que son países en desarrollo para sufragar la totalidad de los gastos adicionales convenidos que entrañe el llevar adelante el cumplimiento de los compromisos ya enunciados en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y previstos en el artículo 10 y que se acuerden entre una Parte que es país en desarrollo y la entidad o las entidades internacionales a que se refiere el artículo 11 de la Convención, de conformidad con ese artículo.

Al dar cumplimiento a estos compromisos ya vigentes se tendrán en cuenta la necesidad de que la corriente de recursos financieros sea adecuada y previsible y la importancia de que la carga se distribuya adecuadamente entre las Partes que son países desarrollados.

(...)

3. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas que figuran en el anexo II de la Convención también podrán facilitar, y las Partes que son países en desarrollo podrán obtener, recursos financieros para la aplicación del artículo 10, por conductos bilaterales o regionales o por otros conductos multilaterales.

El presente Capítulo tuvo la intención de describir la posición que ha ocupado el cambio climático dentro de la OMC tanto en los procesos de negociación actuales y pasados, como en el constante estudio de su relación con las normas internacionales que rigen ambas materias. A continuación, el Capítulo III explicará los conflictos que han surgido de ésta relación, y como han sido abordados algunos de ellos por el Órgano de Solución de Diferencias, específicamente se hará énfasis en los conflictos que pueda ocasionar el cumplimiento del Protocolo de Kyoto.

CAPÍTULO III. CONFLICTOS POTENCIALES ENTRE LAS NORMAS DE LA OMC Y EL PROTOCOLO DE KYOTO.

1. Conflictos potenciales derivados de la interacción de normas de Derecho Público.....	92
A. Conflicto de normas.	94
B. Extraterritorialidad.	102
C. Principio Precautorio.	109
D. Estados no Parte de la CMNUCC.	112
2. Conflictos potenciales derivados de la implementación de políticas nacionales de mitigación.	116
A. Medidas Regulatorias.....	118
a) Mecanismos para internalizar costos ambientales de las emisiones de GEI.	118
i. Mediadas domésticas.	119
ii. Medidas en frontera.	122
iii. Relación con las normas de la OMC.....	125
b) Requisitos Técnicos.	126
i. Requisitos basados en el diseño.	127
ii. Requisitos basados en el desempeño.	128
iii. Herramientas clave para cumplimiento.	130
iv. Relación con las normas de la OMC.....	134
B. Incentivos Económicos.	135
a) Incentivos para promover la innovación de bienes y tecnologías respetuosos del medio ambiente.	136
b) Incentivos para fomentar el uso de bienes y tecnologías respetuosos del medio ambiente.	138
i. Medidas fiscales.	138
ii. Medidas de apoyo a los precios.....	139
iii. Medidas de apoyo a la inversión.	140
c) Relación con las normas de la OMC.....	141
3. Solución de controversias: ¿medidas ambientales como barreras comerciales?	142
A. El caso Atún-Delfín I (GATT).....	143
B. El caso Camarón-Tortuga.....	147

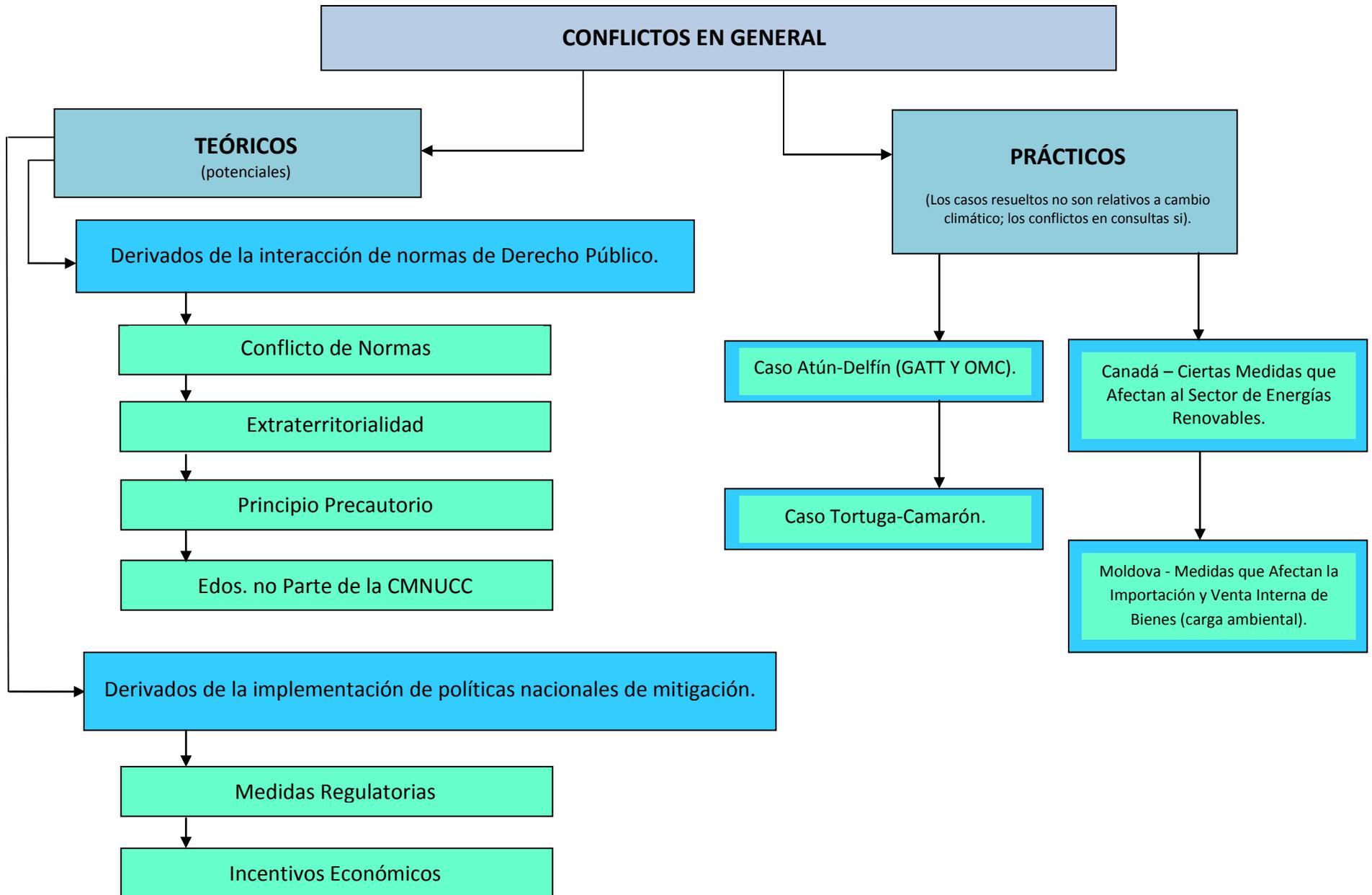
Derivado de las secciones anteriores que trataron:

- (1) La relación entre las normas que rigen el Sistema Multilateral de Comercio y aquellas contenidas en el Protocolo Kyoto para limitar y reducir las emisiones de GEI; y
- (2) La sección relativa a las normas de la OMC relevantes para examinar las cuestiones comerciales relacionadas con el medio ambiente,

Se desarrolla el presente capítulo que abordará teóricamente los conflictos potenciales que pueden surgir en cada una: en primer lugar desde un punto de vista internacional, como conflicto de normas entre tratados de Derecho Internacional Público; y en segundo lugar (recordemos, teóricamente), los conflictos que puedan surgir a partir de la implementación de las políticas nacionales de mitigación del cambio climático.

Como se explicó en el Capítulo II, el análisis teórico de los temas mencionados, como parte del trabajo de la OMC enfocado al estudio de la relación comercio y medio ambiente, corresponde al Comité respectivo de Comercio y Medio Ambiente. Sin embargo, el análisis de los conflictos prácticos que pudieran surgir derivados de la implementación de una política ambiental cuyas medidas pudieran menoscabar los derechos comerciales de algún o algunos de los Miembros de la OMC, corresponde al Órgano de Solución de Diferencias, y, a pesar de que hasta la fecha no ha existido ninguna controversia comercial derivada de una medida nacional para mitigar el cambio climático o en cumplimiento del Protocolo de Kyoto, el análisis de casos que han tenido que ver con medidas ambientales en general, resulta útil para ejemplificar las tendencias que han tenido tres paneles internacionales, así como los argumentos utilizados respectivos a las medidas ambientales.

Así, este capítulo abordará dichos temas de la siguiente manera:



1. Conflictos potenciales derivados de la interacción de normas de Derecho Público.

Debemos recordar una premisa esencial para entender la intersección de éstas dos disciplinas: ambas se encuentran insertas en un cuerpo normativo más amplio que las rige tácitamente, el Derecho Internacional Público. Las normas de Derecho Internacional Público carecen de un carácter centralizado que cree y sistematice *todas* aquellas que forman parte del él. Esto es así, porque los legisladores de dichas normas (tales como las normas de derecho comercial internacional o los compromisos bajo la CMNUCC), no forman parte de un órgano elegido para desempeñar tal tarea, sino que son los propios Estados, los mismos sujetos a quienes están dirigidas, quienes actuando como iguales, crean las normas que han de regir las ramas del Derecho Internacional Público. Similar a sujetos que pactaran un contrato, es decir, especificando cada una de las cláusulas a las que se obligan. De aquí que, para que una norma internacional sea vinculante para los Estados que la acordaron, el requisito fundamental sea el consentimiento explícito de los mismos. De esta forma, todas las normas que se pacten, en cuanto provienen de la misma fuente (consentimiento de Estados semejantes), tendrán el mismo valor y jerarquía, pues están basadas en un esquema de cooperación, y no de subordinación, internacional. Esto da como resultado que las relaciones jurídicas entre los Estados varíen enormemente en función de los Estados que forman (o no) parte de algún (o algunos) Tratado (s).

En otras palabras, el Derecho Internacional Público está compuesto por una compilación de relaciones jurídicas bilaterales regidas por acuerdos (Tratados) bi o multilaterales, todos de igual jerarquía. Siendo así, resulta difícil prever con detalle cuándo un compromiso en determinado acuerdo, afectará un derecho o una obligación en otro diferente, y cuál de ellos deberá prevalecer.

No obstante el Derecho Internacional Público no es simplemente una red de relaciones jurídicas tejida sin forma y sin orden, pues cuenta con un elemento que le da coherencia e integración y que lo conforma como un sistema legal: el derecho internacional general.

El derecho internacional general, de acuerdo con el autor Joost Pauwelyn, está compuesto por los principios del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho¹¹⁴. Estos principios son, salvo pacto en contrario (excepto para las normas del *ius cogens* que no

¹¹⁴ PAUWELYN JOOST, *Op. Cit.*, p. 536.

pueden pactarse en contrario¹¹⁵), vinculantes para todos los Estados. Cada nuevo Tratado que surja, formará parte de ésta red y estará automáticamente regido por ellos. Estos principios a su vez, están compuestos por reglas sobre derecho de los Tratados, sobre responsabilidad de los Estados, sobre interacción de normas y sobre solución de conflictos, de este modo, aseguran la existencia del Derecho Internacional como sistema legal.

Si *todas* las normas de Derecho Internacional tienen igual valor e igual fuerza vinculante (excepto aquellas relativas al *ius cogens* que son jerárquicamente superiores a cualquier otra) en cuanto a que todas provienen de la misma fuente, se derivan dos consecuencias relevantes de ésta situación:

(1) los Estados podrán entonces, si así lo consienten, contraer obligaciones diferentes a las establecidas por el derecho internacional general (y a menudo lo hacen en nuevos tratados). Incluso, algunos tratados sirven específicamente para determinar que cierta situación se regirá por principios diferentes a los del derecho internacional general. No obstante, la coherencia deriva de que *a menos que se pacte en contrario, las reglas de derecho internacional general aplicarán para todos los tratados*, incluso aquellos futuros, que nacerán dentro del sistema de derecho internacional. Y,

(2) No existen normas de derecho internacional (excepto por el *ius cogens* o que así esté pactado) que tengan una prioridad inherente sobre otras, no existe una jerarquía inherente a ciertas normas o a ciertos Tratados.

Así, tanto el derecho comercial internacional como el régimen internacional de mitigación y adaptación al cambio climático, se desempeñan en el mismo escenario jurídico, donde coexisten en continua interacción. Esta interacción en ocasiones podría originar conflictos, cuya resolución puede encontrarse en los textos de cada disciplina relativa, así como en los principios de derecho internacional general. Algunos de los conflictos potenciales de ésta, podrían ser:

¹¹⁵ Véanse Artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmada en Viena, Austria el 23 de Mayo de 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación 14 de febrero de 1975.

A. Conflicto de normas.

Cómo un tribunal internacional resuelva un conflicto entre disposiciones internacionales que compiten o son contradictorias entre sí, es esencialmente cuestión de interpretación y técnica judicial. Como se afirmó previamente, no existen normas de derecho internacional (excepto por el *ius cogens* o que así esté pactado) que tengan una prioridad inherente sobre otras, sin embargo, en la práctica así como en ciertos contextos, la interpretación judicial puede determinar alguna prioridad en el texto de los tratados involucrados, o en las reglas de derecho internacional general, en caso de conflicto.

Wilfred Jenks definió un conflicto de normas en derecho internacional como “*aquel que surge sólo cuando una parte en dos tratados no puede cumplir simultáneamente sus obligaciones contraídas bajo ambos*”¹¹⁶. Otros autores han agregado a este un sentido más amplio, que incluye derechos, no sólo obligaciones: existe conflicto también, cuando un tratado estipula una obligación, por cuyo cumplimiento, se renuncie a un derecho otorgado en otro. En el presente estudio, se entiende como conflicto de normas, la acepción más amplia que incluye tanto derechos como obligaciones.

Como se afirmó en el texto *supra* el derecho comercial internacional forma parte del derecho internacional público. No obstante, su rama es un caso especial, ha sido considerada como un régimen autónomo, pues ha contratado fuera de varias reglas del derecho internacional público, es decir, cuenta con un sistema propio de normas sustantivas y procesales, así como un órgano “legislativo” (representado por sus Estados Miembros, claro) y judicial que resuelve las disputas y da coherencia al sistema. Como consecuencia de esto, las reglas de derecho comercial internacional *generalmente* son ley especial (de observancia prioritaria) frente a otras ramas de derecho internacional público, es decir, pocas veces recurre a las reglas del derecho general internacional o a su sistema como tal para resolver diferencias. Esto no quiere decir que sea un sistema cerrado que *nunca* acuda a ellas, pues a pesar de haber pactado fuera de algunas, para aquellas que no se especificó tal exclusión, continuarán aplicando como reglas generales.

¹¹⁶ JENKS Wilfred, *The Conflict of Law Making Treaties*, British Yearbook of International Law no. 401, Reino Unido, 1953, p. 426.

Sobre la aplicación de normas de derecho internacional general al sistema multilateral de comercio, es pertinente hacer aquí la aclaración, de que el mismo argumento aplica de forma inversa: el hecho de que algunas normas comerciales reiteren principios o normas de derecho internacional general, no quiere decir que aquellos que no fuesen reiterados, están excluidos, pues nuevamente, para que esto fuera así, es necesaria declaración expresa al respecto. De acuerdo con el autor Mariano García Rubio, la ausencia de esta declaración expresa de exclusión de ciertas normas de derecho internacional general, puede ser considerada como su aceptación implícita¹¹⁷. Siendo así, únicamente aquellas reglas de derecho internacional general a las que se renunció explícitamente, no serán aplicables en caso de conflicto de normas, todas las demás, lo serán.

También como se mencionó en el Capítulo II, observamos que debido a la amplitud de sectores que puede abarcar el objetivo de liberalización comercial, las reglas de comercio internacional, atraviesan potencialmente casi todas las demás disciplinas de derecho internacional público de forma horizontal (siendo todas de igual jerarquía). Ésta característica de confluencia de las normas comerciales, tiene como consecuencia que, en caso de conflicto de normas, en algunas ocasiones resulten ley general que únicamente ofrezca un marco para ubicar el conflicto, permitiendo recurrir a reglas más específicas y detalladas concernientes a los temas de intersección (vgr. derecho ambiental internacional, derechos humanos, etc.). Mientras que en otras, resultarán ley especial, que determine la solución del conflicto. Determinar cuándo ocurrirá cada una, corresponde a las reglas de derecho internacional general tratadas en la presente sección.

En el caso del régimen normativo del sistema multilateral de comercio, la relación entre las disposiciones de este con otras normas de derecho internacional no se encuentra tratada muy explícitamente en el texto de los acuerdos comerciales¹¹⁸. Cuando esto ocurre, el derecho general internacional provee las reglas necesarias para resolver el conflicto de normas.

De acuerdo con el análisis efectuado en el presente estudio, las normas internacionales que podrían representar un conflicto con las normas comerciales se clasifican en dos:

¹¹⁷ GARCÍA RUBIO Mariano, *Unilateral Measures as a means of Enforcement of WTO Recommendations and Decisions*, Hague Academy of International Law, Países Bajos, 2001, p.22.

¹¹⁸ Véase nota al pie 59, en la página 38.

- a) Normas internacionales no comerciales que ya existían cuando la OMC fue creada (pre-abril de 1994) y que tengan un impacto potencial para las normas de la OMC.
- b) Normas internacionales no comerciales creadas después del establecimiento de la OMC (post-abril de 1994) y que tengan un impacto potencial para las normas de la OMC.

Esta clasificación es relevante pues el derecho internacional reconoce una presunción *prima facie* para evitar conflictos: esta es (concluyendo la explicación anterior) que toda nueva norma internacional, nace en un contexto de derecho internacional preexistente, mismo que continuará existiendo, a menos que sea sustituido por normas futuras que así lo especifiquen. Esta presunción se encuentra basada en la ausencia de jerarquía normativa en el derecho internacional (diferente al *ius cogens*). A partir de esta clasificación, las reglas de derecho internacional general sobre interacción de normas aplicarán de diferente manera. Particularmente en relación al tema de estudio aquí tratado, los dos instrumentos de regulación ambiental internacional que interactúan con las normas del sistema multilateral de comercio, corresponden uno a cada inciso: la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) al primero, mientras el Protocolo de Kyoto, al segundo.

Antes de iniciar con la explicación de cada uno, es importante mencionar otro principio de derecho internacional general aplicable para ambos: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (los pactos no obligan ni benefician a terceros), es decir, que el tratado en cuestión, únicamente tendrá efectos entre aquellos Estados que lo hayan consentido, sin afectar a aquellos que no lo hayan hecho¹¹⁹.

La CMNUCC fue firmada en 1992, es decir ya existía cuando la OMC, como el sistema multilateral de comercio que ahora conocemos, fue creada. Esto significa que sus reglas, en caso de conflicto, deben dar paso a las reglas de la OMC, o prevalecer sobre ellas, dependiendo de las normas de conflicto aplicables. Estas normas de conflicto pueden encontrarse en: el texto de la Convención misma, el texto del GATT de 1994, o en ausencia de ambas, el derecho internacional general.

En el caso del Protocolo de Kyoto, firmado en 1997, posterior a la existencia del sistema de la OMC, cuya implementación de reglas en algunos casos podría restringir el comercio entre los

¹¹⁹ Aquí sólo se hace una breve mención del principio, pues se profundizará en la situación particular de los Miembros de la OMC no partes de la CMNUCC en el inciso D. Estados no Parte de la CMNUCC.

Miembros de la OMC, y por tanto, entrar en conflicto; las normas preexistentes de la OMC deben dar paso a las del Protocolo o prevalecer sobre ellas, nuevamente, dependiendo de las normas de conflicto aplicables, en el texto del Protocolo, del GATT de 1994 o el derecho internacional general.

Una de las consecuencias de la falta de jerarquía entre normas de derecho internacional, es que en un conflicto de normas, la intención explícita de las partes respecto de cuál deberá prevalecer sobre otra, resulte el criterio primordial para esclarecerlo¹²⁰. En el caso tanto de la CMNUCC como del Protocolo no existe artículo alguno referente a normas de conflicto aplicables entre sus disposiciones, y las de otro tratado¹²¹. En las reglas de la OMC, se dice muy poco respecto a su relación con otras normas de derecho internacional. No incluye una cláusula general que establezca su relación con el derecho internacional preexistente, como tampoco señala de forma explícita que prevalece sobre este, o viceversa (excepto para aquellos instrumentos jurídicos relativos al GATT de 1947, que se presume que si no fueron incluidos en la versión final de 1994, fueron derogados por la misma; para las obligaciones de la Carta de Naciones Unidas relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales¹²², para las Convenciones cubiertas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual incorporadas al Acuerdo sobre ADPIC¹²³, para algunas disposiciones relativas a

¹²⁰ Artículo 30 (2) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

(...)

¹²¹ Ejemplo de un artículo de normas de conflicto, puede ser el Artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas:

Artículo 103.

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, EUA, el 26 de junio de 1945; entrada en vigor internacional el 24 de octubre de 1945.

¹²² GATT Artículo XXI c)

Artículo XXI No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que:

(...)

c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

¹²³ El Artículo 2.2 del Acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio señala:

Artículo 2.2

Ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados.

solución de diferencias y acuerdos comerciales regionales). Tampoco señala lo propio respecto a tratados futuros. Por lo que la referencia a su relación con tratados ambientales es inexistente.

Si esta intención no está determinada explícitamente, como en el presente caso, las normas de conflicto aplicables deben buscarse en el derecho general internacional. Para tal efecto, las disposiciones del Artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados resultan importantes. En primera instancia, encontramos la regla de *lex posteriori*, por la cual los Estados, siendo los propios creadores de las normas de derecho internacional, tienen la libertad contractual de “cambiar de parecer” por lo que una expresión de consentimiento posterior prevalece sobre una anterior¹²⁴.

No obstante, varios autores han sugerido, que cuando se trata de casos complejos de conflicto de normas, el Artículo 30(3) no ofrece una verdadera respuesta, sino únicamente una consecuencia lógica de otros principios de derecho internacional, inútil para brindar una solución. Un caso complejo se presenta, cuando resulta irrazonable utilizar un punto en el tiempo para determinar el consentimiento de los Estados Parte de un tratado, ya que la continua aplicación y evolución del propio tratado durante un periodo de tiempo indefinido, puede entenderse como un consentimiento constante a través de su sola existencia, y no uno “anterior” sólo porque se firmó en un determinado momento previo a otro tratado. Este modelo ha sido seguido tanto por la CMNUCC como por la OMC. La CMNUCC es parte de un marco que continuamente se ha confirmado, implementado, adaptado y expandido a través de las decisiones de las Conferencias de las Partes, como fruto de esta evolución surge el Protocolo de Kyoto. En el caso de la OMC, sus normas se confirman incesantemente mediante las constantes conferencias ministeriales y decisiones judiciales, y evolucionan junto con la organización internacional que representan. El autor Joost Pauwelyn los llama tratados continuos¹²⁵. Siendo así, sería absurdo limitar el consentimiento de los Estados Parte al momento en el que ambos tratados fueron firmados, pues

¹²⁴ Artículo 30 (3) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no queda terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
(...)

¹²⁵ PAUWELYN J., op. cit., p. 546.

es válido aseverar que su evolución continua expresando un consentimiento constante y la voluntad genuina de los Estados de que dichas normas continúen aplicándose, a pesar de que surjan nuevas normas posteriores.

Cuando las disposiciones que se encuentran en conflicto, pertenecen ambas a este tipo de tratados, sería ilógico considerar el principio de *lex posteriori* para su resolución pues el consentimiento se prolonga en el tiempo sin ser ubicado en un solo momento. Entonces debe acudir a la lógica jurídica y nuevamente a la intención común de las partes de ambos tratados, aún cuando esta se encuentre meramente implícita.

En los tratados a los que el presente estudio se avoca, la intención de las partes respecto a la relación con otros tratados, particularmente la relación entre el sistema multilateral de comercio y el régimen internacional del cambio climático, únicamente la encontramos de manera implícita:

En el texto de la CMNUCC, como se mencionó en el Capítulo II, el párrafo 5° del Artículo 3, que enuncia los principios bajo los cuales debe llevarse a cabo la adopción de medidas para la consecución del objetivo último (la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera), se hace mención de que las Partes deben cooperar para que éstas no constituyan “*un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional*”¹²⁶.

Similar a este principio, el texto del tercer párrafo del Artículo 2 del Protocolo, alude al comercio internacional de la siguiente forma:

Artículo 2.

(...)

3. Las Partes incluidas en el anexo I se empeñarán en aplicar las políticas y medidas a que se refiere el presente artículo de tal manera que se **reduzcan al mínimo los efectos adversos**, comprendidos los efectos adversos del cambio climático, **efectos en el comercio internacional** y repercusiones sociales, ambientales y económicas, para otras Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo y en particular las mencionadas en los párrafos 8 y 9 del artículo 4 de la Convención, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo podrá

¹²⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Artículo 3 párrafo 5 de la “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”; New York, E.U.A.; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

adoptar otras medidas, según corresponda, para promover el cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo.

(...)

(énfasis añadido).

Mientras que en el primer párrafo del preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC se afirman los objetivos de desarrollo sustentable y protección ambiental:

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo 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...

(énfasis añadido).¹²⁷

También encontramos otras expresiones en el texto del GATT (principalmente las excepciones señaladas en el Artículo XX), así como en los textos de los diferentes acuerdos abarcados (también mencionados en el Capítulo II) que permiten las medidas ambientales a reserva de que se cumplan ciertos requisitos de no discriminación. Esto debe entenderse como una forma de armonizar con otras reglas de derecho internacional¹²⁸.

Muchas veces, los preámbulos de los Tratados con considerados como “exposiciones de motivos” y pueden ayudar a la interpretación del texto cuando este ofrece algunas dudas.¹²⁹ La expresión en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, confirma la intención de los Miembros, de considerar a la protección ambiental:

a) como un objetivo legítimo diferente al de liberalización comercial, y

¹²⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, Marrakech, Marruecos, 15 de abril de 1994. (México es miembro de la OMC desde el 1° de enero de 1995, decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994).

¹²⁸ PAUWELYN J., op. cit., p. 550.

¹²⁹ SEARA VÁZQUEZ Modesto, *Derecho Internacional Público*, 22ª edición, Porrúa, México, 2005, p. 223.

b) por encima de la liberalización comercial, pues su consecución debe lograrse *de conformidad* con el desarrollo sostenible y la preservación ambiental, entendiéndolos casi como requisitos necesarios.

Del inciso a) se desprende una consecuencia lógica importante, que es también un principio de derecho internacional consuetudinario, si el objetivo de protección ambiental es diferente al de liberalización comercial, los tratados cuyo objetivo último sea el de protección ambiental, resultarán en el conflicto de normas, *lex specialis* frente a aquellos que hagan mención del tema, pero no sea su objetivo último, tal es el caso del GATT de 1994. Por lo tanto, las disposiciones de los primeros serán, lógicamente, las que prevalezcan en un conflicto de normas relativo al tema de protección ambiental, pues son más específicas que las del segundo (*generalia specialibus non derogant*, lo general no deroga lo especial). Claro está, mientras no se trate de una restricción encubierta al comercio internacional.

Por lo que, mientras es posible encontrar una consideración especial al objetivo de la protección ambiental en el primer párrafo de Acuerdo de Marrakech, las menciones relativas al comercio internacional en los tratados relativos al cambio climático y al régimen de emisiones de GEI únicamente reiteran un principio fundamental, sin que el objetivo de liberalización comercial sea siquiera mencionado. El citado Artículo 3 párrafo 5° de la CMNUCC, que enuncia que las medidas ambientales *no deben ser discriminatorias, injustificables o constituirse como restricciones encubiertas al comercio internacional*, reitera el principio comercial de no discriminación, de esta forma, en realidad cualquier medida ambiental dentro del marco de la Convención, de conformidad con este principio, aunque restringiera el comercio, no debería entrar en conflicto con las normas de la OMC. Ocurre similar con el Artículo 3 párrafo 2 en el Protocolo.

Así, podría aseverarse que las normas que rigen ambas materias (el sistema multilateral de comercio, y el régimen internacional para el cambio climático) han sido suficientes para sobrellevar la relación, de la cual, actualmente no han surgido conflictos de normas. No obstante, el problema surge al determinar cuándo una medida es o no *discriminatoria, injustificable o se constituye como una restricción encubierta al comercio internacional*, al

respecto coincido con el profesor James Bacchus al aseverar que, “[las normas de la OMC] han sido suficientes hasta ahora [para resolver los conflictos que han involucrado la protección del medio ambiente], sin embargo, sería mucho mejor si estas fueran renegociadas entre los Miembros para esclarecer la relación, en lugar de ser resueltas en controversias, que son el último recurso del sistema.”¹³⁰

B. Extraterritorialidad.

Otro conflicto asociado con las controversias comercio-medio ambiente, es la extraterritorialidad de las medidas ambientales. Es decir, el derecho de los Miembros a imponer medidas ambientales, y lo que ocurre con los efectos que estas pudieran tener fuera de su territorio, o la inexistencia del mismo, en virtud de los compromisos contraídos por las normas de la OMC.

En el caso particular de la regulación de emisiones de GEI mediante restricciones comerciales, las medidas extraterritoriales podrían involucrar frecuentemente medidas relacionadas con procesos y métodos de producción (PPM’s por sus iniciales en inglés). Las PPM’s son regulaciones definidas en términos de los procesos y métodos de producción empleados, pueden ser relativas o no al producto final en sí; son utilizadas con frecuencia para evitar o mitigar efectos nocivos causados por algunos métodos de producción, y pueden expresarse como restricciones a la importación o requisitos de etiquetado en bienes producidos de cierta manera. Generalmente, las PPM’s protegen objetivos que se encuentran total o parcialmente fuera de los límites territoriales del Miembro que la implementó¹³¹. Los mecanismos relativos a la medición de la huella o contenido de carbono en algunos productos, podrían ser buenos ejemplos de PPM’s empleados para regular emisiones de GEI¹³².

¹³⁰ Ponencia del Dr. James Bacchus: *Implicaciones de un acuerdo global sobre cambio climático, o su ausencia, para el sistema multilateral de comercio*; en el Seminario “Cambio climático y competitividad: retos y oportunidades para México ante la COP16”, realizado por la Secretaría de Economía el día 22 de octubre de 2010 en la Ciudad de México.

¹³¹ BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al, op. cit., p. 238.

¹³² La huella de carbono se refiere a la cantidad de gases de efecto invernadero emitidos durante el ciclo de vida de un producto a lo largo de la cadena de producción, a veces incluyendo también su recuperación a fin del ciclo y su eliminación.

Para entender el punto medular de la extraterritorialidad de las PPM's y porqué son controversiales, es necesario definir el concepto de *jurisdicción extraterritorial* dentro del contexto del derecho comercial internacional.

De acuerdo con el jurista José Becerra Bautista, la voz latina de jurisdicción proviene del latín *jurisdictio-onis*: poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes, o para aplicarlas en juicio.¹³³ Este poder o facultad, se encuentra conferido al Estado como parte del ejercicio de su soberanía¹³⁴. Para el derecho internacional consuetudinario, un Estado ejerce su jurisdicción cuando su autoridad gubernamental (en cualquiera de sus niveles):

- a) Dicta o aplica leyes a personas o actividades;
- b) Hace cumplir dichas leyes mediante la aplicación de sanciones; y/o
- c) Ejerce el poder judicial sobre una persona u objeto en particular.

Además, el ejercicio de estas facultades se encuentra justificado con base en los siguientes cinco principios:

- i) Principio de territorialidad, un Estado tiene derecho a ejercer su jurisdicción dentro de su territorio. La jurisdicción territorial es un elemento esencial del Estado soberano, y por ende este no es un principio controvertido.
- ii) Principio de efectos, un Estado tiene derecho a ejercer su jurisdicción prescriptiva (es decir, en materia legislativa, refiriéndose al inciso a) antes mencionado), sobre aquellas acciones que, aunque no se hayan efectuado en su territorio, tengan efectos trascendentes dentro del mismo.
- iii) Principio de nacionalidad, un Estado tiene derecho a ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales, donde sea que éstos se encuentren.

¹³³ BECERRA BAUTISTA José, voz *jurisdicción*, Diccionario jurídico mexicano, 6a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 1884.

¹³⁴ De acuerdo con el jurista Jean Bodin en su obra *Los seis libros de la República*, "La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república" o "la potestad suprema sobre ciudadanos o súbditos no sometida a la ley". George Jellinek, por su parte afirma sobre la soberanía que: "el Estado tiene un poder soberano, lo cual quiere decir simplemente que es independiente de todo otro poder..."

Es generalmente aceptado que un Estado tiene jurisdicción para dictar normas sobre ciertas conductas fuera de su territorio, no necesariamente efectuadas por sus nacionales, sobre estas bases encontramos los principios de:

- iv) Principio de universalidad, el derecho de un Estado de ejercer su jurisdicción sobre actividades condenadas universalmente, tales como esclavitud, tortura o genocidio.
- v) Principio de protección, un Estado tiene derecho a ejercer su jurisdicción con la finalidad de proteger sus intereses nacionales fundamentales, tales como la integridad de su moneda.¹³⁵

Así, de los incisos ii), iii), iv) y v) podemos concluir que el ejercicio de la jurisdicción de un Estado, no se limita únicamente a sus fronteras territoriales, y es en estos casos cuando la jurisdicción es extraterritorial.

Conforme a estos principios, una medida cuya jurisdicción es extraterritorial no necesariamente es extrajurisdiccional (por extrajurisdiccional entiéndase, violatoria del derecho consuetudinario internacional por encontrarse fuera de la jurisdicción del Estado que la impone, a menudo, invadiendo otra). Para el derecho consuetudinario internacional, una medida es extrajurisdiccional si el Estado que la impone, la exigiera o hiciera cumplir fuera de los principios de los cuales emana su autoridad jurisdiccional (listadas en los incisos i) a v)). No obstante, los parámetros del derecho internacional consuetudinario, como vimos anteriormente, pueden ser modificados en una nueva regulación internacional, si sus Partes así lo pactan, por ejemplo en las normas de la OMC.

Para el derecho comercial internacional, los alcances del Principio de los efectos resultan fundamentales. Este principio es además particularmente importante para la presente sección pues las emisiones de GEI, sin importar su procedencia tienen efectos o consecuencias importantes en todo el planeta. Son los alcances de este principio la materia controvertida en el caso de las medidas ambientales extraterritoriales restrictivas del comercio. Es decir, si dicho principio se encuentra o no limitado por las normas de la OMC.

¹³⁵ BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al, op. cit., pp. 236-237.

En los incisos b) y g) del Artículo XX del GATT, relativos a protección ambiental, no se hace referencia explícita a los temas de jurisdicción o extraterritorialidad; ni restringen dicha protección a los límites territoriales de los Miembros, ni la permiten expresamente. El panel que analizó la controversia Atún-Delfín I¹³⁶ consideró que ni el inciso b) ni el inciso g) extendía la protección otorgada a los recursos fuera de la jurisdicción del Miembro cuya medida fue desafiada. No obstante, el panel que analizó la controversia Atún-Delfín II¹³⁷, no encontró bases en el Art. XX para considerar que las excepciones no pudieran ser invocadas en relación a recursos situados fuera del territorio del Miembro que adoptó las medidas¹³⁸. Ninguna de estas decisiones fue adoptada por el GATT, pero el razonamiento del segundo panel es más sólido que el del primero, y parece probable que prevalezca¹³⁹.

Los argumentos que califican dichas medidas como una violación a la soberanía y al derecho de los Miembros a ejercer su propia jurisdicción, así como una violación a las normas de la OMC, generalmente a los Artículos I, III y XI del GATT, aseveran que las restricciones relacionadas con procesos y métodos de producción pero no con el producto final, dictan a los Estados exportadores *cómo* producir o cosechar sus bienes, exigiéndose fuera del territorio del Miembro que las impuso. Pues condicionan el acceso al mercado a aquellos bienes que estén producidos conforme a *sus* requisitos, estándares o políticas, imponiéndolos fuera de su territorio. Estas medidas son calificadas como arbitrarias y unilaterales. Tal fue la lógica seguida por el panel del GATT (previo a la OMC) que analizó la controversia EU- Atún/Delfín I, quien determinó que las excepciones contenidas en los incisos b) o g) del Artículo XX del GATT no deben permitir a un Estado proteger la vida, la salud o la conservación de recursos naturales fuera de su territorio, ya que si así lo hicieran, cada Parte contratante del GATT podría determinar unilateralmente las políticas de protección de la vida, la salud y la conservación de otras Partes, pues estas otras Partes no podrían apartarse de dichas políticas sin que sus derechos comerciales adquiridos en

¹³⁶ Estados Unidos – Restricciones a la Importación de Atún (1991- Informe no adoptado) 30 ILM 1598 (1991) párrafos 5.28, 5.31 y 5.32.

¹³⁷ Estados Unidos – Restricciones a la Importación de Atún (1994- Informe no adoptado) 33 ILM 839 (1994).

¹³⁸ Idem. párrafos 5.15-5.20.

¹³⁹ LENARD Michel, et al, The WTO and Disputes Involving MEA's, en *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 5, No. 11 Noviembre 1996, Reino Unido, 1996, pp. 306-314.

virtud del GATT se vieran perjudicados¹⁴⁰. La resolución que este panel dio al conflicto sobre medidas ambientales con efectos comerciales extraterritoriales fue altamente controvertida, pues planteó la cuestión sobre qué medidas (o políticas) ecológicas se encontraban de conformidad con las reglas del GATT. El reporte finalmente no fue adoptado por el Consejo.

Los argumentos que sugieren que los Estados Miembros tienen derecho a imponer dichas medidas, es decir que dichas medidas corresponden al ejercicio de su propia soberanía y por tanto se encuentran bajo su jurisdicción, ponen un especial énfasis en los *efectos*, desde dos perspectivas diferentes:

- En los *efectos* que ocasiona la actividad/producto restringido *dentro de su territorio*; y,
- En los *efectos de la medida fuera de su territorio*.

La primera perspectiva de los efectos constituye como tal la justificación de la medida. Y corresponde al Principio de efectos citado en el inciso ii). Si una actividad, a pesar de no ser realizada dentro del territorio de un Estado, tiene efectos nocivos sobre el mismo, éste, en ejercicio de su soberanía, cuenta con la jurisdicción para imponer medidas que los evite o contrarreste. Especialmente tratándose de la protección de objetivos legítimos, tal como la protección ambiental. Si esto no fuera posible, las normas de una organización internacional (OMC), restarían valor a la soberanía nacional de los Estados en materia, en este caso, de medio ambiente, y a su derecho a fijar los estándares de protección que considere adecuados. No debería importar quienes se vieran afectados por una medida tendiente evitar efectos nocivos dentro del territorio de un Miembro, siempre y cuando el método empleado para su regulación cumpliera las reglas básicas del GATT (artículos I, III y XI).

Los argumentos relativos la segunda perspectiva: *los efectos de la medida fuera de su territorio*, profundizan los argumentos anteriores sobre soberanía dentro del territorio. Si la imposición de una medida ambiental tendiente a evitar efectos nocivos dentro del territorio de un Miembro, pudiera influenciar alguna conducta o patrón de producción de otro Miembro, y por ende, se califique como violatoria del GATT, resulta inquietante que los estándares de

¹⁴⁰ GATT DS21/R UNITED STATES – Restrictions on Imports of Tuna. Reporte del Panel (no adoptado), párrafos 5.27 y 5.32.

protección de un Miembro (cuya regulación cumpla los principios básicos de la OMC) se encuentren subrogados a los efectos que dicha medida pudiera tener. Esta conclusión es inquietante, porque además, como vimos anteriormente, casi toda regulación ambiental nacional relacionada con el comercio, tendrá un impacto potencial sobre la conducta de algún productor extranjero¹⁴¹, aún si la regulación se limitara al producto final y no a los procesos y métodos de producción¹⁴².

Asimismo, existen medidas comerciales cuyo objetivo explícito es influenciar cierta conducta de otro Estado, conducta que se califica como inapropiada, por ejemplo los derechos antidumping, las cuotas compensatorias o las sanciones para proteger la propiedad intelectual; ¿porqué este tipo de medidas que buscan directamente influir en ciertas conductas de algún (os) Estado (s) son adecuados, mientras que aquellas medidas comerciales utilizadas para lograr objetivos ambientales, cuyos efectos pueden potencialmente influenciar conductas en otros Estados resultan cuestionables? Intentar definir qué medidas o políticas buscan influenciar la conducta de algún Estado es prácticamente imposible, pues cualquier medida puede cambiar la estructura de incentivos para los productores extranjeros (o nacionales)¹⁴³, por tanto, dicha consideración no debería considerarse como un estándar para calificar la consistencia o inconsistencia de las medidas ambientales que puedan tener efectos comerciales con las normas de la OMC.

Los argumentos presentados resumen la discusión comercial respecto de la extraterritorialidad de las medidas ambientales. No obstante, a este panorama se agrega un tercer argumento derivado de uno de los principios fundamentales del derecho ambiental internacional: responsabilidades comunes, pero diferenciadas¹⁴⁴. Los países en desarrollo

¹⁴¹ CHARNOVITZ Steve, GATT and the Environment: Examining the Issues. International Environmental Affairs, University Press of New England, Estados Unidos, 1992, pp. 1-3.

¹⁴² BERNASCONI OSTERWALDER, et al, op cit., p. 239.

¹⁴³ CHARNOVITZ S., op. cit., p. 2.

¹⁴⁴ Artículo 3.

Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas

nuevamente han planteado una objeción legítima al expresar que la imposición de restricciones a la importación derivada del contenido de carbono en productos de exportación, traslada la carga del problema a los productores y por tanto a los países exportadores, incluidos ellos. Quienes con frecuencia, carecen de la tecnología y el capital necesarios para adecuarse a un nuevo patrón de producción. Lo que representaría un daño severo a sus economías, principalmente cuando se trate de productos sensibles a estas regulaciones, tales como la producción de vinos, cemento o la ganadería.¹⁴⁵

A mi parecer, nos encontramos en el punto tal en que las medidas ambientales restrictivas, particularmente aquellas cuya finalidad sea la regulación de emisiones de GEI, resultan fundamentales para la mitigación de un problema global calificado como urgente. El cambio en los patrones de producción es fundamental para buscar un desarrollo sostenible que no ponga en riesgo el sistema climático de la Tierra. No obstante, la exportación de productos es también un área fundamental para el desarrollo, y delicado cuando se trata de restricciones a países en desarrollo. Razón por la cual la cooperación internacional vuelve a tomar una relevancia primordial. Las propuestas sugeridas se centran en procurar metodologías justas y uniformes para facilitar la regulación multilateral, en las cuales se asignen cantidades justas, equitativas y equivalentes a los procesos de producción. Es importante, que participen en estas decisiones tanto los productores como las autoridades responsables de las políticas.

capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.

2. Deberían tenerse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención.

(...)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Artículo 3.3 “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”; New York, E.U.A; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

¹⁴⁵ AGUILAR Soledad, Huella de Carbono en productos y Justicia Climática: ¿Es justo que Latinoamérica pague el costo?, en Impactos Económicos del Cambio Climático en América Latina, Revista Todavía no. 24, Fundación OSDE, Argentina, 2010.

Disponible en: <http://www.ambienteycomercio.org/?p=196>. Consultada el 24 de marzo de 2011.

También, considerando el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, los países en desarrollo deberían gozar de consideraciones especiales en el cumplimiento de las regulaciones, primero de un plazo de adaptación considerable para comenzar adecuarse a los nuevos patrones de producción (acompañado de políticas nacionales que favorezcan y apoyen esta transformación, muchas veces con fondos y apoyos provenientes de los países desarrollados que exijan las regulaciones); y posteriormente de una exigencia gradual mucho mas laxa que la aplicada a los exportadores desarrollados.

C. Principio Precautorio.

El principio precautorio (también conocido como enfoque precautorio o enfoque de precaución) es un elemento esencial tanto de (casi todos) los sistemas de regulación nacionales, como de los esfuerzos internacionales, para proteger el medio ambiente o la salud humana en el mundo. Es también, uno de los principios del derecho ambiental internacional, codificado en el Principio 15 de la Declaración de Río, adoptada en 1992 en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.¹⁴⁶

Listado también dentro de los principios contenidos en el Artículo 3 de la CMNUCC para guiar a las Partes hacia la consecución del objetivo último:

Artículo 3.

Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

(...)

¹⁴⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo del 3 al 14 de junio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil.

3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.¹⁴⁷

Al hablar de medidas para regular emisiones GEI, este principio resulta fundamental, pues aunque la información relativa a la acción humana como causa principal del cambio climático cada vez es más contundente y halla más consenso dentro de la comunidad científica internacional, aún existen opiniones divergentes que lo atribuyen a procesos naturales. Siendo un tema respecto del cual existen aún incógnitas importantes, pero que requiere acción inmediata para evitar serios costos, un Miembro no debería estar obligado a probar con exactitud y certeza la relación entre el cambio climático y la actividad humana, y la función precisa de su medida en ésta relación. Nuevamente, la mitigación del cambio climático debería gozar de una consideración especial en cuanto a las medidas impuestas.

¿Se encuentra la precaución reconocida en las reglas comerciales? Dentro del texto del GATT, no existe referencia a medidas basadas en el principio precautorio, tampoco se encuentran prohibidas. La jurisprudencia de la OMC señala que es incierta la afirmación de que el principio precautorio sea reconocido como un principio de derecho internacional consuetudinario¹⁴⁸. Algunos expertos han argumentado que las excepciones correspondientes a los incisos b) y g) del Artículo XX del GATT dejan suficiente espacio a los Miembros para la adopción de medidas para proteger los recursos naturales agotables, la vida o la salud humana, animal o vegetal, basadas en este principio. Sin embargo, el enfoque dependerá en gran medida de la postura del panel respecto al papel de la ciencia bajo el contexto del Artículo XX.¹⁴⁹ A pesar de que no ha surgido ninguna controversia relativa a cambio climático dentro del marco de la OMC, podría afirmar que

¹⁴⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Artículo 3.3 “Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”; New York, E.U.A; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.

¹⁴⁸ Reporte del Panel, European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, párrafos 7.67, 7.88-7.89.

¹⁴⁹ BERNASCONI OSTERWALDER et al, op.cit., p. 257.

una controversia virtual que tocara este conflicto, a pesar de que no haya referencia alguna al principio precautorio en el texto del GATT, ningún panel pondría en tela de juicio la veracidad del fenómeno del cambio climático. Ni siquiera creo que se dudaría de su relación con la acción humana. Me parece que la cuestión versaría sobre la relación de la medida tomada, con el fenómeno global, y si hay suficientes pruebas para ligar una con otro, es decir, si la medida corresponde al problema, y si esta cumple con los requisitos de no discriminación.

Uno de los argumentos que ha apoyado significativamente el papel del principio precautorio es el que esgrimió el Órgano de Apelación en el reporte de CE – Asbestos, en el que se explicaba que algunos argumentos relativos al Acuerdo MSF (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias) eran igualmente aplicables al Artículo XX:

Los Miembros no están obligados a confiar en la opinión de la mayoría científica, pueden basar las medidas cuya finalidad sea proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, en fuentes respetadas que correspondan a opiniones científicas divergentes.¹⁵⁰

El hecho de que exista una opinión divergente y que esta pueda constituir la base de una medida (cuya finalidad sea proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, o la conservación de recursos naturales agotables) siempre que emane de una fuente fidedigna, demuestra que la falta de certeza científica absoluta no es razón suficiente para calificar una medida como no justificable dentro de las excepciones del Artículo XX del GATT y por tanto violatoria del acuerdo.

Sin embargo, aunque el argumento “favorece” el principio de precaución, se vuelve a tocar un cuestionamiento relativo a la justificación de medidas ambientales como excepción y no como derecho positivo de los Miembros. Siendo que, si este fuera un derecho, correspondería a la parte reclamante probar la inconformidad de dicha medida, y no al demandado *probar* el *nexo sustancial* entre la medida adoptada y el objetivo de regulación de GEI, siendo que además el tema de regulación de emisiones GEI es complejo y en ocasiones incierto. La parte negativa del argumento se resume en que, *sólo* una medida que pueda ser justificada como excepción al amparo del Artículo XX, podría estar basada en el principio de precaución.

¹⁵⁰ Reporte del Órgano de Apelación, EUROPEAN COMMUNITIES – Asbestos, WT/DS135/AB/R. párrafo 178.

Aquí también se ha encontrado un punto delicado. Si en dicha controversia virtual se aceptara el principio precautorio, independientemente de si fue aplicado como excepción o no, los argumentos que lo respaldaran podrían ser usados a la inversa de manera peligrosamente frecuente, es decir, restringiendo el uso de tecnología, con base en el principio de que no se sabe las consecuencias que esta pueda tener. Si el principio se entendiera como que “toda tecnología, producto o sustancia química son peligrosos a menos que se demuestre lo contrario” y por ende, que los gobiernos requieren abordar *todos* los riesgos potenciales que impliquen los mencionados, sería un enfoque poco asertivo que sin duda desfavorecería la innovación e impondría obstáculos innecesarios al comercio, pues es imposible probar que algo está “totalmente libre de riesgos”¹⁵¹. Así, dejar la regulación del principio precautorio al juicio de cada panel, y a la circunstancia de cada controversia, tampoco sería favorable para el fomento de tecnologías de innovación, pues estas podrían verse constantemente desafiadas por la carga de la prueba, una prueba además casi imposible de ofrecer (“producto libre de riesgos”), entorpeciendo su desarrollo.

De este modo, a pesar de que el principio precautorio resulta fundamental en cuanto a las acciones nacionales para mitigar el cambio climático, pues los costes de la inacción serían considerablemente mayores que los de la acción preventiva, su correcto uso en circunstancias diferentes debería encontrarse regulado, desde mi punto de vista como excepción, evitando que este planteara un freno a la innovación.

D. Estados no Parte de la CMNUCC.

¿Qué ocurre con aquellos Miembros de la OMC que no son Parte de la CMNUCC? Si sus derechos comerciales se vieran afectados por una medida llevada a cabo en cumplimiento de una obligación o en ejercicio de un derecho, conferidos por el texto de la Convención (o sus instrumentos, como el Protocolo de Kyoto), instrumento jurídico del cual ellos no forman Parte, las normas de conflicto aplicables difieren de aquellas discutidas en la sección A. El Artículo 34 de la Convención de Viena señala el principio clave del derecho internacional general por el cual los

¹⁵¹ ADLER H. Jonathan, *The Precautionary Principle's Challenge to Progress*, en *Global Warming and other Eco-Myths*, Prima, Estados Unidos, 2002, p. 3.

derechos u obligaciones de los Miembros no pueden verse menoscabados o modificados en virtud de un nuevo acuerdo del que no forman Parte, es decir, respecto del cual no han expresado su consentimiento: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (los pactos no obligan ni benefician a terceros).

Artículo 34. Norma general concerniente a terceros Estados y terceras organizaciones.

Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado o una tercera organización sin el consentimiento de ese Estado o de esa organización.¹⁵²

Este principio resulta una consecuencia lógica del Derecho Internacional Público como sistema legal. Puesto que si (como se explicó anteriormente), los propios Estados son los legisladores y los sujetos de las normas de derecho internacional, sólo aquellas normas que cada Estado acuerde, a través de su consentimiento, en ejercicio de su propia soberanía, serán vinculantes y exigibles para él. Así mismo, dicho Estado tendría que acordar y consentir cualquier modificación a las normas de las que es Parte, de otro modo, tampoco la modificación será vinculante, menos aún si esta fuera producto de un instrumento jurídico diferente que no goza de su consentimiento.¹⁵³

Sin perjuicio de la explicación anterior, en el caso particular de Miembros de la OMC, no Partes de la CMNUCC, que pudieran ver menoscabados sus derechos comerciales en virtud de una obligación o un derecho derivado de la Convención, encontramos que, todos los Miembros de la OMC son también Parte de la CMNUCC, excepto por los territorios aduaneros de de Hong Kong, Macao y China Taipéi¹⁵⁴. No obstante, los tres territorios se encuentran bajo la soberanía de la República Popular de China: Hong Kong y Macao como regiones administrativas especiales, y China Taipéi como la provincia o territorio chino de Taiwán. Estos territorios aduaneros son diferentes al de China pues, responden a un sistema económico diferente, bajo el principio de unificación china, “un país, dos sistemas”. Las regiones administrativas especiales son consideradas como territorios aduaneros y entidades económicas diferentes al resto de China,

¹⁵² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmada en Viena, Austria el 23 de Mayo de 1969, y de la cual México es parte mediante adhesión y posterior ratificación el día 14 de enero de 1988.

¹⁵³ PAUWELYN J., op. cit., p. 536.

¹⁵⁴ Véase Anexo 1 al Capítulo II.

facultados para celebrar acuerdos internacionales en nombre propio en materia comercial, económica, financiera, de aviación, turística, de comunicaciones, cultural, tecnológica y deportiva. China Taipéi en cambio, participa únicamente como una región de China con un territorio aduanero independiente. Sin embargo, es el gobierno central de la República Popular de China el único gobierno legitimado para ejercer la soberanía en las organizaciones internacionales como representante de todo el país.¹⁵⁵ De este modo, el consentimiento para formar parte de la CMNUCC (como lo es) sigue siendo derecho del gobierno central de China como Estado, de cuyo territorio forman parte los citados tres Miembros. De esta forma, se puede afirmar que todos los Miembros soberanos de la OMC, son Parte también de la CMNUCC.

En cuanto a los Miembros de la OMC, no Partes del Protocolo, cuyos derechos comerciales pudieran menoscabarse, ocurre diferente. Existe un Miembro de la OMC, que ha pesar de ser Parte de la CMNUCC y signatario del Protocolo, es el único que no lo ha ratificado, y por tanto no es Parte de éste: Estados Unidos.

¿Qué implica la falta de ratificación cuando se es signatario de un instrumento jurídico? De acuerdo con la Convención de Viena, la ratificación (así como la aceptación, aprobación y adhesión) expresan el consentimiento en el ámbito internacional en obligarse por un tratado. La falta de ratificación de EUA, implica la falta de su consentimiento, por lo que el Protocolo no lo vincula jurídicamente¹⁵⁶. En la opinión del autor internacionalista Modesto Seara Vázquez, en ocasiones, la firma de un tratado puede constituir una manifestación del consentimiento, siempre y cuando así lo establezca el texto del mismo, o así lo hayan acordado los negociadores¹⁵⁷. En el caso del Protocolo de Kyoto, la intención de los negociadores respecto del

¹⁵⁵ Información obtenida de la página web oficial del gobierno de la República Popular de China: <http://www.gov.cn/english/>

Disponible en: <http://www.fmprc.gov.cn/esp/ljzg/zztw/> Consultada el 30 de marzo de 2011.

¹⁵⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Artículo 2. Términos empleados.

1. Para los efectos de la presente Convención:

b) se entiende por "ratificación" el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;

(...)

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmada en Viena, Austria el 23 de Mayo de 1969, y de la cual México es parte mediante adhesión y posterior ratificación el día 14 de enero de 1988.

¹⁵⁷ SEARA VÁZQUEZ M., op.cit., p. 224.

consentimiento es clara, la firma es considerada como *ad referendum*, se encuentra sujeta a ratificación:

Artículo 24.

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma y sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados y de las organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en la Convención. Quedará abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 16 de marzo de 1998 al 15 de marzo de 1999, y a la adhesión a partir del día siguiente a aquél en que quede cerrado a la firma. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Depositario.

(...)¹⁵⁸

Siendo así, Estados Unidos a pesar de ser signatario, al no haber ratificado, no ha consentido el Protocolo y por tanto no es Parte de éste. ¿Qué consecuencias tiene la falta de ratificación del Protocolo por parte de EUA? *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, el Protocolo no vincula jurídicamente a EUA, ni modifica sus derechos u obligaciones adquiridos en otros tratados. Como consecuencia EUA puede impugnar ante el foro comercial de la OMC una medida implementada por otro Miembro que menoscabe sus derechos comerciales, derivada del cumplimiento de una obligación o del ejercicio de un derecho conferido en el texto del Protocolo, del que él no es Parte.

Esta es una consecuencia grave, pues la participación de Estados Unidos en ambas organizaciones es fundamental, ya que ocupa el primer puesto como país importador en el ranking del comercio mundial¹⁵⁹ así como el primer puesto como país emisor de GEI¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Protocolo de Kyoto, firmado en Kyoto, Japón el 11 de diciembre de 1997. Del cual México forma Parte desde el 7 de septiembre del 2000, mediante ratificación del Senado.

¹⁵⁹ Información obtenida de la página web de la Organización Mundial de Comercio: www.wto.org Disponible en: <http://stat.wto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFView.aspx?Language=E&Country=US> Consultada el 30 de marzo de 2011.

¹⁶⁰ MARLAND Gregg, et al, Global, Regional, and National CO₂ Emissions, en Trends: A Compendium of Data on Global Change, Carbon Dioxide Information Analysis Center (CDIAC), Oak Ridge National Laboratory, U. S. Department of Energy, Estados Unidos, 2003, p. 56

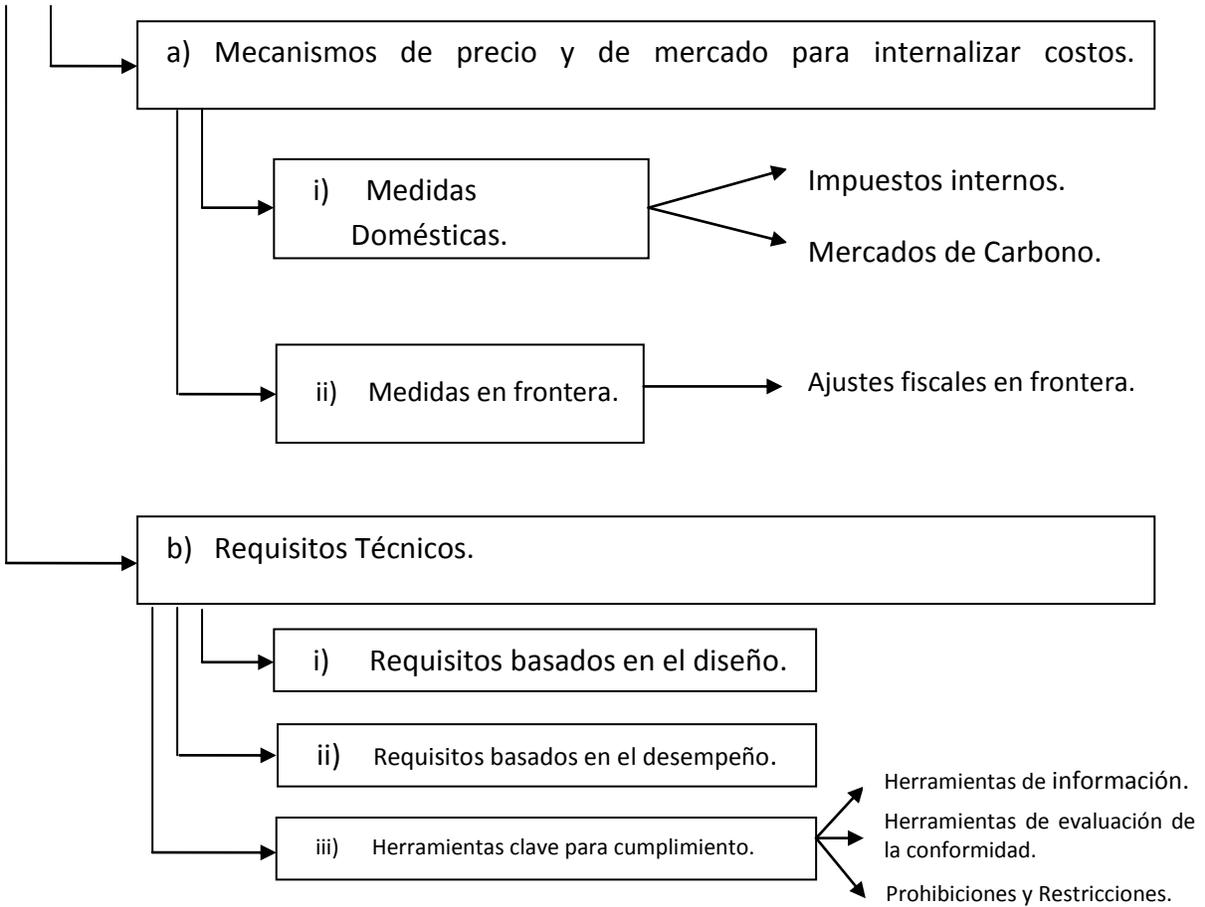
Disponible en: <http://cdiac.esd.ornl.gov/UNFCCC> (United Nations Framework Convention on Climate Change). Greenhouse Gas Inventory Database (GHG). Disponible en: <http://www.unfccc.de/resources/index.html>. Consultado el 30 de marzo de 2011.

2. Conflictos potenciales derivados de la implementación de políticas nacionales de mitigación.

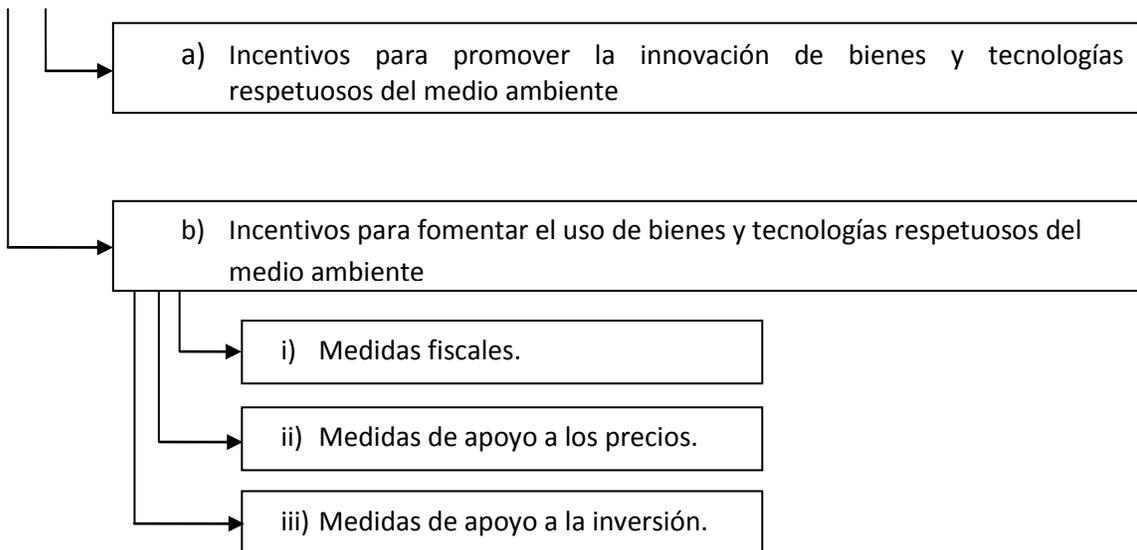
En la presente sección se presenta una clasificación del tipo de medidas (no las medias específicas) que los Estados han adoptado en sus esfuerzos concretos de adaptación y mitigación del cambio climático (en ocasiones en cumplimiento del Protocolo de Kyoto). Así como, cómo teóricamente, éstas podrían “contravenir” las normas de la OMC, que como también se expresó antes pueden permear la mayoría de las políticas nacionales. De acuerdo con la clasificación propuesta, el tipo de medidas adoptadas se distingue típicamente en dos categorías principales: a) medidas regulatorias, que responden a la lógica de imponer cargas sobre los GEI y establecer un precio las emisiones de CO₂, derivada del problema conocido como “externalidades ambientales” en los sistemas actuales de suministro y demanda de energía: debido a que las emisiones/consumo de energía no tienen costo alto, las empresas y los consumidores no tienen un incentivo directo para encontrar maneras de reducirlos/ahorrarlos; y b) incentivos económicos, respondiendo al problema del lento desarrollo de tecnologías verdes, derivado del “efecto conocimiento”, por el cual, las empresas que invierten en investigación e innovación no siempre se ven beneficiadas plenamente de dicha inversión, por tanto, las políticas nacionales buscan fomentar el desarrollo de tecnología, mediante una colaboración cercana gobierno-sector privado. Cada una de estas, cuenta a su vez con subtipos particulares.

TIPO DE MEDIDAS:

A. MEDIDAS REGULATORIAS.



B. INCENTIVOS ECONÓMICOS.



La forma en la que se ha sugerido llevar a cabo el análisis caso-por-caso relativo a la imposición de estas medidas y la posible contravención de normas de la OMC es:

1) identificación, determinar de qué tipo de instrumento se trata, así como si afecta tanto a bienes nacionales como a bienes importados como tal, ó si afecta la importación de bienes; 2) consistencia/inconsistencia con los principio y normas de la OMC; y 3) justificación de las mismas, bajo alguna de las excepciones del Art. XX¹⁶¹.

A continuación, se entrará en detalle en cada uno de estas medidas.

A. Medidas Regulatorias.

Las medidas regulatorias (en contraposición a los incentivos económicos), se caracterizan por imponer una carga sobre ciertos bienes (o servicios), sobre ciertos insumos de su producción (generalmente deteriorantes del medio ambiente), o sobre ciertos sectores, para controlar las emisiones internas de GEI o para imponer estándares en su territorio. Por ejemplo, los envases o empaques no reciclables, la tecnología utilizada, la energía consumida o la cantidad de CO₂ emitido en la producción de algún bien. Las cargas pueden manifestarse como aranceles, impuestos, restricciones, requisitos, especificaciones o estándares de observancia obligatoria, como los siguientes:

a) Mecanismos para internalizar costos ambientales de las emisiones de GEI.

Los mecanismos de precio y de mercado tienen como finalidad internalizar los costos ambientales de las emisiones de GEI. Lo que significa poner un precio a dichas emisiones, a menudo expresado como impuestos a cargo del productor; o poner un límite a la cantidad de emisiones permitidas, por cuyo exceso, se pague cierta cantidad. Estos mecanismos se encuentran basados en el principio de derecho ambiental internacional “El que contamina,

¹⁶¹ Presentación de Ludivine Tamiotti, Consejero de la División de Comercio y Medio Ambiente del Secretariado de la OMC: Current Development in Domestic Climate Mitigation Measures, en la Ponencia: Carbon footprinting and energy efficiency labelling schemes and relevant WTO rules and activities, parte del Seminario: Areas of Intersection Between Trade and Climate Change Mitigation Policies, llevada a cabo en las instalaciones de la OMC el 8 de diciembre de 2010. Información obtenida de la página web de la OMC: www.wto.org. Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/wksp10_climate_change_e/wksp10_climate_change_e.htm. Consultada el 23 de abril de 2011.

paga". Dicho principio está codificado en el principio 16 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo:

PRINCIPIO 16

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.¹⁶²

Como es obvio, la carga impuesta a las emisiones altera el precio del producto final así como los impuestos internos afectan las condiciones de mercado en el comercio internacional del Estado que las impone. Como consecuencia, surgen nuevas preocupaciones concernientes a competitividad, por ejemplo, la fuga de carbono¹⁶³; y cómo estas medidas afectan la competitividad de quien las impone. De aquí que, bajo esta misma lógica, se propongan nuevas medidas para compensar estas disparidades (medidas en frontera).

i. Medidas domésticas.

Las medidas domésticas son aquellos esfuerzos implementados como medidas *nacionales*, para limitar la emisión de GEI, a través de la internalización de costos los ambientales ocasionados por dichas emisiones. Esto se logra fijando un precio a las emisiones, expresado ya sea mediante impuestos o mediante sistemas de comercio de emisiones. Los efectos ambientales derivados de estas medidas pueden ser directos: por ejemplo una reducción en la cantidad de emisiones totales, fomento de cambios hacia sistemas de eficiencia energética¹⁶⁴,

¹⁶² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Principio 16 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo del 3 al 14 de junio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil.

¹⁶³ El Parlamento Europeo define la fuga de carbono como el riesgo de que las empresas se vean obligadas a trasladar su producción a países que no impongan limitaciones respecto a las emisiones, lo cual afectaría tanto a la economía como al medio ambiente. Información obtenida de la página web del Parlamento Europeo: www.europarl.europa.eu. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+IMPRESS+20080627STO32878+0+DOC+XML+V0//ES>. Consultada el 03 de abril del 2011.

¹⁶⁴ El Consejo Mundial de Energía define la eficiencia energética como aquellas mejoras encaminadas a una reducción en el consumo de energía utilizada por algún servicio determinado (ej. calefacción, iluminación), o por alguna actividad. Esta reducción está comúnmente asociada con cambios tecnológicos, sin embargo no siempre son estos la causa. A menudo, las reducciones pueden resultar de una mejor organización o administración, o de una mejora en las condiciones económicas del sector. Para los economistas, la eficiencia energética tiene un sentido más amplio: esta abarca todos los

combustibles y productos con bajo contenido de carbono, y cambios en las estructuras económicas de producción y consumo. O pueden ser efectos indirectos, como el “reciclaje” de los ingresos fiscales o provenientes de las subastas de emisiones, utilizados para realizar inversiones en tecnologías ambientales o en nuevas estructuras para mejorar la reducción de emisiones.

Estas son caracterizadas como medidas domésticas o nacionales, en contraposición a aquellas medidas impuestas en frontera, cuya finalidad es compensar las desventajas comerciales de las primeras.

- **Impuestos Internos.**

Una de las alternativas para reducir las emisiones de GEI empleada por varios Estados ha sido la implementación de impuestos al carbono. Es decir, poner un precio a las emisiones de CO₂ emitido a la atmósfera. Los impuestos al carbono, o a la energía, pueden ser alternativas muy exitosas pues reducen la demanda de energía y conllevan a la adopción de procesos con menores emisiones. La base gravable de un impuesto al carbono puede ser calculada conforme a la emisión de CO₂ relacionada con el consumo de combustibles fósiles en los procesos de producción, o calculada midiendo el contenido de carbono en dichos combustibles, que es directamente proporcional a la cantidad de CO₂ emitido durante su combustión. Siendo así, a los combustibles fósiles con mayor contenido de carbono (por ejemplo el carbón o el petróleo), les corresponderá una base gravable más alta que a aquellos con menor contenido de carbono (tales como el gas natural).

Los impuestos al carbono (IC) pueden ser recaudados en dos puntos principales: correr a cargo del productor o correr a cargo del consumidor. La mayoría de estos impuestos

cambios que resultan en la disminución de la cantidad de energía utilizada para producir una unidad de actividad económica; la eficiencia energética está asociada con la eficiencia económica e incluye cambios tecnológicos, de conducta y económicos.

Información obtenida de la página web del Consejo Mundial de Energía: www.worldenergy.org. Disponible en: http://www.worldenergy.org/publications/energy_efficiency_policies_around_the_world_review_and_evaluation/1_introduction/1175.asp. Consultada el 11 de abril de 2011.

implementados, corren a cargo del consumidor, como en el sistema utilizado por Finlandia¹⁶⁵, el primer Estado en adoptar un impuesto al carbono. La adopción de estos impuestos ha sido popular en Europa, implementados por países como Suecia, Noruega, Dinamarca, Eslovenia, Italia, Estonia y Suiza. También han sido adoptados a nivel estatal, como por ejemplo en las provincias canadienses de Quebec y British Columbia.

Además, existe un esquema similar de impuestos sobre el consumo de energía (ICE). El impuesto sobre consumo de energía tiene una base gravable diferente, basada en el contenido de energía de cualquier fuente energética, inclusive aquellas libres de emisiones de CO₂, como la energía eléctrica (a menudo las fuentes de energía renovable están exentas). De acuerdo con este esquema, los combustibles fósiles también pueden ser gravados conforme a su contenido de energía, no obstante aquí, por ejemplo el petróleo y el gas natural serán gravados más severamente que el carbón, ya que éstos contienen más energía; mientras que de acuerdo con el IC, el impuesto al carbón será más alto que el de el petróleo o el gas, pues el carbón libera más CO₂ durante su combustión.

Como vemos, ambos esquemas tienen un efecto sobre las emisiones de GEI (aunque el efecto del el ICE sea más un efecto de facto), no obstante la lógica empleada es diferente, pues el primero esta enfocado específicamente a regular o limitar las emisiones de CO₂ a la atmósfera, mientras que segundo busca concientizar sobre la eficiencia y el ahorro de energía.¹⁶⁶

- **Mercados de carbono.**

Otra alternativa de medida es la implementación de regímenes de comercio de emisiones de CO₂ (un claro ejemplo de estos son los Mecanismos de Desarrollo Limpio e Implementación Conjunta establecidos en el Protocolo de Kyoto). Estos esquemas también ponen un precio a las emisiones de carbono, pero desde una lógica comercial, convirtiéndolas en un bien intercambiable.

¹⁶⁵ En Finlandia, los impuestos al carbono son gravados de acuerdo al contenido de carbono en los combustibles utilizados para el transporte y la calefacción. Información obtenida de la página web del Ministerio del Medio Ambiente del gobierno de Finlandia: www.ymparisto.fi. Disponible en www.ymparisto.fi/default.asp?node=11865&lan=en. Consultada el 03 de abril de 2011.

¹⁶⁶ ZHANG Z. y BARANZANI A., What do we know about carbón taxes? An inquiry into their impacts on competitiveness and distribution of income, Energy Policy 32, Switzerland, 2004, p. 508.

Un régimen de comercio de emisiones:

1) Fija un límite a las emisiones totales. 2) Traduce este límite en derechos de emisión, o emisiones permitidas. Y 3) Crea un mercado en el cual estos derechos de emisión pueden ser subastados y/o comercializados, en un precio establecido por el propio mercado. El precio pagado por los derechos de emisión, es el precio del carbono.

En teoría, la lógica de este esquema busca que el precio pagado por los derechos de emisión, refleje los costos marginales de los esfuerzos llevados a cabo para reducir emisiones, fomentando de este modo alcanzar ciertos objetivos de reducción.

Estos sistemas pueden implementarse en varios niveles, desde estatales o nacionales a nivel de empresas o a nivel de ciertos sectores específicos, hasta internacionales a nivel de emisiones permitidas por Estado, como los mecanismos del Protocolo de Kyoto. Además, dichos esquemas pueden ser voluntarios u obligatorios, pero todos deben especificar el ámbito de aplicación, la asignación de derechos de emisión y los vínculos con otros esquemas de emisión coexistentes.¹⁶⁷

Hasta ahora el mayor régimen de comercio de emisiones, es el EU-ETS implementado en 2005 por la Unión Europea. Este, cubre más de 10,000 instalaciones en los sectores de la industria y la energía, responsables de aproximadamente la mitad de las emisiones totales de la UE.¹⁶⁸

ii. Medidas en frontera.

El cumplimiento de las medidas domésticas ocasiona efectos de desventaja económica en el mercado internacional. Ambas medidas, los impuestos y los regímenes de comercio de emisiones, afectan los precios relativos de los bienes, y por tanto, hasta cierto punto, afectan la competitividad de empresas y sectores¹⁶⁹. Los efectos en la competitividad surgen si las políticas

¹⁶⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, “*Trade and Climate Change Report*”, WTO Publications, Suiza, 2009, pp. 91-92.

¹⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION, Questions and Answers on the Revised EU Emissions Trading System, MEMO/08/796, 2008, pregunta número 1.

¹⁶⁹ La competitividad para efectos de la presente sección se limita a aquella relativa a empresas o sectores, en lugar de aquella relativa a Estados. Y los autores Gernot Klepper y Sonja Peterson la definen como “la competitividad de un sector puede ser definida como su habilidad para mantener beneficios y cuotas de mercado.”

En KLEPPER Gernot, y PETERSON Sonja, International Trade and Competitiveness Effects, en Emission Trading Policy Briefs 6, Proyecto CATEP, Instituto Ambiental de la Universidad de Dublín, Irlanda, 2003, p. 3.

ambientales en distintos Estados imponen diferentes niveles de costos a empresas que compiten entre sí, creando entonces una ventaja de precios para las empresas localizadas en Estados con políticas ambientales menos estrictas¹⁷⁰.

Las medidas en frontera, son medidas ambientales que surgen para compensar dichos efectos. La ausencia de un precio sobre el carbono acordado internacionalmente¹⁷¹ y en razón de que las políticas de reducción de emisiones (ya sea como impuestos o como regímenes) no se apliquen universalmente, causan que la implementación de estas políticas de lugar al surgimiento de preocupaciones sobre competitividad y eficiencia ambiental, tales como la fuga de carbono¹⁷², particularmente en cuanto a industrias que requieren de grandes cantidades de energía¹⁷³.

Para reducir el costo del cumplimiento a aquellas industrias afectadas, imponer un costo similar a los importadores, que nivele o compense el esfuerzo ambiental realizado por las industrias nacionales ha sido una de las soluciones propuestas. Se ha argumentado también, a favor de estas medidas (argumento que se relaciona con el tema de extraterritorialidad) que son una manera de exigir el nivel de protección deseado conforme a los objetivos nacionales de reducción de emisiones. Entonces surgen las preguntas subyacentes a la explicación anterior: ¿Puede la preocupación sobre fugas de carbono e impacto en la competitividad justificar la

¹⁷⁰ EKINS Paul, y BARKER Terry, Carbon Taxes and Carbon Emissions Trading, en Issues in Environmental Economics, Blackwell Publishing, EUA, 2002, p. 99.

¹⁷¹ El precio del carbono varía entre Estado y Estado dependiendo de las medidas implementadas, la existencia o inexistencia de ellas y el rigor o exigencia con que sean aplicadas. STERN NICHOLAS, The Economics on Climate Change: The Stern Review, Cambridge University Press, Reino Unido, 2006, pp. 470-471.

¹⁷² La principal preocupación sobre la fuga de carbono se refiere a la creación de “paraísos de carbono”, es decir, aquellos Estados con regulación laxa o inexistente relativa a emisiones, que podrían atraer a aquellas industrias altamente emisoras de CO₂ (tales como la producción de cemento o acero), poniendo en riesgo la efectividad global de las políticas ambientales que restringen las emisiones de GEI.

¹⁷³ La Comisión Europea, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula su esquema de comercio de emisiones EU-ETS, elaboró una lista de aquellos sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono. Entre estos figuran: la fabricación de fertilizantes, de productos de hierro, acero o ferroaleaciones, la industria del azúcar, fabricación de papel y cartón, de vidrio, refinación de petróleo, fabricación de cemento y cal, etc. Información obtenida del portal oficial de legislación de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:001:0010:0018:ES:PDF>. Consultada el 04 de abril del 2011.

intervención de los gobiernos en la forma de medidas en frontera? ¿Son estas medidas compatibles con las normas de la OMC?

Actualmente, existen discusiones sobre varios tipos de mecanismos en frontera empleados para compensar la inacción de algunos Estados (bajo la lógica de que la inacción involucra beneficios), tales como cuotas compensatorias aplicadas a subsidios de facto, derechos antidumping aplicados a dumping ambiental, o ajustes fiscales en frontera sobre exigencias de derechos de emisiones; no obstante, el único mecanismo que de hecho ha sido empleado son los ajustes fiscales en frontera para compensar impuestos al carbono o a la energía. Estos se describen en la siguiente sección.

- **Ajustes fiscales en frontera.**

Los ajustes fiscales en frontera (AFF, o BTA por sus siglas en inglés) se han usado para compensar los gastos en que incurren las empresas por la implementación de impuestos al carbono o a la energía; aquellos ajustes que podrían ser utilizados para compensar las cargas económicas de un régimen de comercio de emisiones, siguen en discusión. De acuerdo con el reporte del Grupo de Trabajo del GATT sobre Ajustes Fiscales en Frontera de 1970, estos se definen con base en dos situaciones, AFF sobre importaciones y AFF sobre exportaciones. Para efectos de la presente sección sólo resulta concerniente la situación relativa a importaciones:

La implementación de un ajuste fiscal sobre bienes importados (no sujetos a un impuesto nacional similar), correspondiente a un impuesto a cargo de los productos nacionales similares (AFF sobre importaciones).

El objetivo económico general de los AFF sobre importaciones es nivelar la competencia entre las industrias nacionales gravadas con un impuesto y las industrias extranjeras que no lo están, asegurando que los impuestos internos sobre productos competidores sean neutrales para ambos en términos comerciales. No obstante, las normas de la OMC tienen reglas especiales sobre la aplicación de AFF sobre importaciones.¹⁷⁴

¹⁷⁴ OMC y PNUMA, op. cit., pp. 100-101.

iii. Relación con las normas de la OMC.

			Disposiciones de la OMC.			
			I y III	II	XX	SMC
Medidas para internalizar costos ambientales.	Mediadas Domésticas.	Impuestos Internos.	<p>- Los impuestos y otras cargas sobre bienes importados deberán ser aplicados sin exceder los aplicados sobre bienes nacionales similares (Art. III:2); o sobre los bienes sustituibles o directamente competidores. Si la aplicación fuera excesiva, habría que analizar la similitud de los bienes y definir si se pueden calificar como no similares con base en su proceso de producción (ej. cantidad de emisiones): si un bien energéticamente ineficiente es considerado similar a uno eficiente; así como si son sustituibles y/o directamente competidores. Ocurre de igual manera respecto al trato otorgado a los bienes importados de uno u otro Estado Miembro (Art. I).</p>	<p>- Art. II:2 a) Las partes podrán imponer sobre la importación de un producto o una mercancía que haya servido, en todo o en parte, para fabricar el producto importado: una carga equivalente a un impuesto interior aplicados de conformidad con la disposición III:2 del GATT: no superiores a aquellos aplicados “directa o indirectamente a un producto nacional similar”;</p> <p>- En el Reporte del GATT del caso EU-Superfund de 1987, el panel encontró que un impuesto sobre ciertas sustancias (insumos de un producto) que gravaba un producto final era elegible para AFF.</p> <p>- Cómo aplicaría dicho hallazgo para el AFF sobre los impuestos que gravan la energía o las emisiones en el proceso de producción, es incierto, pues dichos materiales no se encuentran físicamente en el producto final.</p> <p>- En 1970 el Grupo de Trabajo sobre AFF acordó que los impuestos gravados directamente sobre los productos eran elegibles para AFF, mientras que aquellos impuestos no gravados directamente sobre el producto final no. La situación sobre “impuestos ocultos” (sobre equipo, publicidad, energía, maquinaria), relevantes para el cambio climático, permanece incierta, pues otros autores afirman que esta es posible derivado se la frase <i>directa o indirectamente</i> del Art- III:2.</p>	<p>- Una medida considerada inconsistente con las disposiciones principales del GATT (Arts. I, II u XI), aún podría estar justificada bajo una de las excepciones del Art. XX.</p> <p>A pesar de que hasta la fecha no ha existido una controversia relativa a políticas para mitigar el cambio climático, las conclusiones de varios paneles sobre la aplicación del Art. XX, resultan importantes pues podrían justificar dichas medidas:</p> <p>- El órgano de Apelación en el caso EU- Camarón, notó que condicionar el acceso al mercado al cumplimiento de una política nacional por parte del Exportador, era un aspecto común de las medidas que entran en el ámbito de las excepciones del Art. XX.</p> <p>También, aceptó que esta era una política cubierta por el Art. XX g) pues protegía a las tortugas dentro del territorio de EUA, pero también a aquellas migratorias, fuera de sus límites territoriales, siendo este suficiente nexo entre la política y el fin. Esta conclusión es relevante pues podría entenderse como que existe suficiente nexo causal entre una medida doméstica de mitigación o una medida en frontera, y el objetivo previsto como la protección de un bien global común, la atmósfera.</p> <p>- Derivado de las conclusiones del caso EU-Gasolina, algunos autores han notado que las políticas encaminadas a reducir emisiones de CO₂ pueden justificarse en el ámbito de del inciso b), pues tienen la intención de proteger a los seres humanos de las consecuencias negativas del cambio climático; o bajo el inciso g), pues intentan conservar no sólo el clima, sino ciertas especies animales y vegetales que podrían desaparecer por el calentamiento global.</p>	<p>Si un gobierno impone impuestos altos sobre la energía o emisiones, y luego exime ciertos sectores o industrias, dicha exención podría ser catalogada como un subsidio específico accionable bajo el marco del SMC. Más aún si dicha industria exporta, podría ser catalogado como un subsidio a la exportación, ilegal bajo el SCM.</p>
	Medidas en Frontera.	AFF	<p>El Secretariado de la OMC opinó en 2003 que un impuesto a la energía consumida por unidad de producción, no puede ser aplicado a la misma unidad de producción importada, aún si este impuesto aplica sobre la producción nacional similar, y aún si esta diferencia de trato resultara en un bien importado más barato y más agresivo para el medio ambiente. Esto debido a que la energía no es un insumo tangible en el producto final, y es por tanto inelegible para AFF¹⁷⁵.</p> <p>El AFF no aplica a bienes similares importados provenientes de diferentes Miembros.</p>			

¹⁷⁵ CHARNOVITZ STEVE, Trade and climate, potential conflicts and synergies, en PEW CENTER OF GLOBAL CLIMATE CHANGE, Beyond Kyoto Advancing the International Effort Against Climate Change, PEW Center of Global Climate Change Publications, EUA, 2003, p. 147.

b) Requisitos Técnicos.

Otro enfoque adoptado que impone cargas sobre ciertos bienes, insumos o métodos de producción, ha sido el desarrollo de requisitos técnicos aplicados a los productos (en sí mismos), o a sus procesos y métodos de producción, con el fin de lograr reducción de emisiones y ganancias en eficiencia energética. Estos pueden consistir de especificaciones o regulaciones técnicas obligatorias, o estándares voluntarios. Así mismo, pueden ser nacionales (en cualquiera de sus niveles de gobierno) o internacionales.

Para el caso del cambio climático, los requisitos establecidos, tienen la intención específica de:

- Mejorar la eficiencia energética de bienes y procesos de producción; y
- Reducir el consumo de energía y/o la cantidad de GEI emitidos durante la producción de un bien; o emitidos durante su vida útil.

Actualmente existen varias iniciativas en los Estados para fomentar la investigación y la innovación en tecnología de productos y servicios que contribuyan al consumo más inteligente y sostenible de la energía, o a una reducción de emisiones, el ejemplo más desarrollado es el Plan de Acción para la Eficiencia Energética 2007-2012 de la Unión Europea¹⁷⁶. En esta sección nos avocaremos a la descripción de aquellos requisitos obligatorios implementados bajo este enfoque, por ser más probable que surja un conflicto entre estos y las normas de la OMC, que entre aquellos estándares cuyo cumplimiento es voluntario.

Los tipos de regulación que pueden derivarse de estas medidas obligatorias, son a) requisitos específicos en productos y/o, b) requisitos específicos en procesos y métodos de producción.

Los requisitos relacionados con el producto logran resultados indirectos en cuanto a su objetivo de reducir niveles de emisión y lograr eficiencia energética; pues éstos resultados dependen de las opciones de compra de los consumidores, y de su conducta de consumo posterior a la adquisición. Estas regulaciones, se dirigen fundamentalmente a la eficiencia

¹⁷⁶ Comunicación de la Comisión de 19 de octubre de 2006 titulada: "Plan de acción para la eficiencia energética: realizar el potencial" (COM (2006) 545 final – Diario Oficial C78 de 11 de abril de 2007). Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/energy/energy_efficiency/l27064_es.htm. Consultada el 10 de abril de 2011.

energética y a las emisiones de GEI *relacionados con el uso del producto* (por ejemplo su vida útil o su disposición final).

Las regulaciones relacionadas con procesos y métodos de producción dan lugar a resultados ambientales directos, pues se dirigen a mejorar la eficiencia energética o limitar las emisiones de GEI en ciertos niveles establecidos *regulando los procesos empleados en la producción* (regulaciones relativas al uso de tecnología, combustible, consumo de energía, etc.). Y de acuerdo con las reglas comerciales se subdividen en dos tipos dependiendo de cómo afectan al producto final:

- PPM's relativas al producto, (mayormente aceptadas por las reglas de la OMC) aquellas que hacen una diferencia en el producto final.
- PPM's no relativas al producto (comúnmente restringidas por la OMC) aquellas que tienen un resultado insignificante o imperceptible en el producto final;

Debido al trato diferente que ambas PPM's reciben en la regulación comercial, determinar cuándo una regulación sobre PPM es o no relativa a un producto ha sido una cuestión tratada con frecuencia por el OSD.¹⁷⁷

Ambos tipos de regulaciones (relativas al producto o relativas al proceso de producción) podrán estar basados o en el diseño o en el desempeño.¹⁷⁸

i. Requisitos basados en el diseño.

Los requisitos técnicos basados en el diseño o en las líneas descriptivas de un bien o un proceso de producción, especifican las características particulares que debe tener dicho producto, o las acciones específicas que deben ser llevadas a cabo durante la producción, determinan qué insumos utilizar (o características de ellos, ej. que sean reciclables), o qué tecnologías instalar. Un ejemplo de estas medidas pueden ser aquellas desarrolladas respecto de

¹⁷⁷ PNUMA e IIDS (Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable), *Environment and Trade: a Handbook*, Canadá, 2000, p. 42.

¹⁷⁸ OMC y PNUMA, *op. cit.*, pp. 117-119.

la calidad y especificaciones de los biocombustibles; adoptadas por países como Brasil¹⁷⁹, India¹⁸⁰, UE¹⁸¹ y EUA¹⁸².

De acuerdo con un reporte del PICC, esta opción de medidas son recomendadas cuando hay varias opciones de control de emisiones para el agente contaminante, pues en este caso el órgano regulador puede especificar los pasos tecnológicos que una empresa debe tomar para combatir su contribución¹⁸³.

ii. Requisitos basados en el desempeño.

Los requisitos basados en el desempeño dictan estándares de desempeño que deben ser alcanzados por los productos o procesos; o, imponen resultados ambientales específicos por unidad de producción (ej. pueden limitar las emisiones a cierto número de gramos de CO₂ por cada hora-kilovatio de electricidad generada). Es decir, estipulan resultados ambientales que deben ser cumplidos por los productos o los métodos de producción, sin pronunciarse respecto de cómo deben ser logrados dichos resultados¹⁸⁴. Estos requisitos son especialmente frecuentes

¹⁷⁹ Ver la Resolución ANP 36/2005 sobre etanol, y la Resolución ANP 05/2005 sobre biodiesel. Información obtenida de la página electrónica de la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) [www.olade.org](http://temp2.olade.org/brasilLeg.html). Disponible en <http://temp2.olade.org/brasilLeg.html>. Consultada el 07 de abril del 2011.

¹⁸⁰ Ver la regulación IS 15464:2004 sobre etanol anhidro para uso del sector automotriz; e IS 15607:2005 sobre biodiesel. Información obtenida de la página del Ministerio de Medio Ambiente del Gobierno de Australia: www.environment.gov.au. Disponible en: <http://www.environment.gov.au/atmosphere/fuelquality/publications/pubs/ifqc-report.pdf>. Consultada el 07 de abril del 2011.

¹⁸¹ Ver la regulación CEN standard prEN 14214 sobre biodiesel – fatty acid methyl esters (FAME). Información obtenida de la página del Ministerio de Medio Ambiente del Gobierno de Australia: www.environment.gov.au. Disponible en <http://www.environment.gov.au/atmosphere/fuelquality/publications/pubs/ifqc-report.pdf>. Consultada el 07 de abril del 2011.

¹⁸² Ver la regulación ASTM D6751 sobre biodiesel. Información obtenida de la sección sobre biodiesel de la Organización Americana de Manufactureros de Motores (OEM): www.biodiesel.org. Disponible en: <http://www.biodiesel.org/resources/oems/>. Consultada el 07 de abril de 2011.

¹⁸³ PICC, Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, PACHAURI et RESINGER (eds), PICC, Suiza, 2007, p. 754.

¹⁸⁴ Por ejemplo, en el caso Camarón - Tortuga, uno de los motivos por los que la Sección 609, la medida impugnada, resultó inconsistente, fue que ésta dictaba la *única* forma por la cual el Miembro exportador podía obtener certificación para exportar su producto a EUA, sin dar opción a que este alcanzara los mismos resultados mediante procesos diferentes. Véase EU – Importaciones de camarón y ciertos productos del camarón; Reporte del Órgano de Apelación; WT/DS58/AB/R; párrafo 162.

en la mejora de eficiencia energética en áreas como aparatos electrónicos, construcciones y transportes.

Generalmente, estos requisitos son más flexibles que aquellos basados en el diseño, y sus costos pueden ser menores pues las empresas pueden elegir cómo van a cumplir con el objetivo ambiental establecido. Es decir, existe una mayor cantidad de formas de cumplimiento para éstos, que para los primeros. Estas opciones podrían ser, por ejemplo: búsqueda de soluciones a través de modificaciones al proceso de producción, reducción de la producción, cambio hacia diferentes combustibles u otros insumos y tecnologías alternativas.

El desempeño de un producto o un proceso se puede establecer de varias maneras. Algunos de los más frecuentemente utilizadas son 1) en términos de niveles máximos de emisión de CO₂, 2) niveles máximos de consumo de energía, 3) niveles mínimos de eficiencia energética o 4) economía de combustible mínimo. Un ejemplo del tercer tipo de medidas lo encontramos en la regulación MEPS, implementada en Australia. Bajo esta regulación, por ejemplo, todos los focos incandescentes ineficientes deben ser eliminados a través de la introducción de estándares mínimos de eficiencia energética para productos de iluminación¹⁸⁵.

Así mismo, las medidas pueden establecer estándares aplicables a toda una línea completa de productos, por ejemplo vehículos ligeros (no de pasajeros, no de carga), que deberán cumplir con los mismos niveles de máxima emisión de CO₂. Pueden proveerse también variaciones dependiendo de las distintas categorías dentro de la línea de productos, por ejemplo, peso del vehículo o tamaño del motor. De este modo, los productores deberán asegurar que el promedio de emisiones de todo auto nuevo producido por ellos, se encuentre por debajo del promedio de emisiones permitido para autos de dicha categoría.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Estos estándares mínimos son obligatorios actualmente para una lista de productos producidos en o importados desde Australia, regulados mediante una lista de requisitos específicos que deben cumplir. Esta lista de productos, y las especificaciones técnicas aplicables, se encuentran disponibles en la página del gobierno de Australia sobre clasificación de energía: www.energyrating.gov.au/meps1.html. Consultada el 10 de abril de 2011.

¹⁸⁶ OMC y PNUMA, op. cit., pp. 119-120.

iii. Herramientas clave para cumplimiento.

Ahora se mencionarán aquellas herramientas empleadas para cumplir con las medidas relativas a regulaciones técnicas.

- Herramientas de información (Eco-etiquetado o etiquetado ambiental).

Una de las herramientas más empleadas (y controvertidas) es el esquema de eco-etiquetado, que se encuentra basado en estándares o requisitos relativos al producto, o a su proceso de producción. Los esquemas de eco-etiquetado tienen la intención de proveer información a los consumidores, en este caso sobre: 1) las consecuencias ambientales del uso de un determinado producto; y/o 2) el impacto ambiental de su proceso de producción. Permitiéndoles así tomar decisiones racionales y responsables que tomen en cuenta las consecuencias ambientales de los productos adquiridos. Existen además otros esquemas de eco-etiquetado generales que toman en cuenta la eficiencia energética como uno de varios criterios utilizados para hacerse acreedor a dicho reconocimiento en la etiqueta de un producto.

De este modo, se estimula a los productores a desarrollar un mercado de bienes energéticamente eficientes, asegurando que los beneficios de dichos productos puedan ser reconocidos por sus consumidores, a través del incremento de la visibilidad de sus costos energéticos y proporcionando un punto de referencia comparable con otros productos similares. Así, los esquemas de eco-etiquetado fomentan la innovación del mercado de productos energéticamente eficientes, transformando a sus productores de nichos del mercado a líderes de mercado.¹⁸⁷ Una vez más, la implementación de estos esquemas puede ser voluntaria (implementada por las propias empresas) u obligatoria (exigida mediante medidas nacionales). Con frecuencia, ejemplos de estas medidas son obligatorias en países desarrollados, voluntarias en países en desarrollo, e inexistentes en países menos adelantados.¹⁸⁸

¹⁸⁷ WIEL Stephen y MACMAHON James E., Governments should implement energy-efficient standards and labels – cautiously, Revista Energy Policy vol. 31, número 13, Estados Unidos, 2003, pp. 1404-1405.

¹⁸⁸ Consejo Mundial de la Energía, Energy Efficiency Policies Around the World: Review and Evaluation, WEC Publications, Reino Unido, 2008, p. 44. Disponible en: http://www.worldenergy.org/documents/energyefficiency_final_online.pdf Consultado el 11 de abril de 2011.

Existen además dos tipos de esquemas de eco-etiquetado en materia de eficiencia energética:¹⁸⁹

- a) Etiquetas comparativas, que proveen información para comparar el desempeño entre modelos o productos similares, por ejemplo dando una calificación con un rango entre el producto más y menos eficiente de la misma categoría. Usualmente, las medidas obligatorias están basadas en estos esquemas.
- b) Etiquetas de aprobación o certificación, que constan de sellos de aprobación otorgados por organizaciones independientes, para asegurar a los consumidores que un producto cumple con ciertos criterios o principios ambientales preestablecidos. Los programas de eco-etiquetado de aprobación, son usualmente voluntarios.

A pesar de que los sistemas de eco-etiquetado resultan herramientas atractivas para el cumplimiento de regulaciones ambientales, informando al consumidor responsable, algunos autores han apuntado que, es generalmente la producción/consumo industrial el responsable de la mayoría de las emisiones de CO₂ en cuanto a procesos de producción (ejemplo cemento o aluminio), siendo así los consumidores de estos bienes industriales, generalmente dan poca importancia a las emisiones durante el proceso de producción, siendo el precio su mayor preocupación. Es por esto, que a menudo se requieran de regulaciones gubernamentales más estrictas, como las apuntadas en la secciones i) y ii)¹⁹⁰.

- Herramientas de evaluación de la conformidad.

El procedimiento de evaluación de la conformidad es utilizado para determinar si los requisitos voluntarios u obligatorios han sido cumplidos. Las evaluaciones de conformidad dan a los consumidores confianza sobre la integridad de los productos, y agrega valor al cumplimiento de estándares llevado a cabo por los fabricantes. Existen cinco tipos de procedimientos o herramientas de evaluación de la conformidad:

¹⁸⁹ OMC y PNUMA, op. cit., pp.120-122.

¹⁹⁰ PNUMA e IIDS, op. cit., p. 47.

- a) Prueba de productos conforme a estándares específicos, es la más común de las herramientas de evaluación de la conformidad, y provee las bases para otros tipos de procedimientos, como la inspección o la certificación. Una prueba es una operación técnica llevada a cabo de acuerdo con un procedimiento específico, para verificar una o más características del producto sometido a evaluación de la conformidad. En los ejemplos de estos procedimientos llevados a cabo por las autoridades de los Estados, estas conducen pruebas en aquellos aparatos eco-etiquetados para asegurar que cumplen con los estándares de eficiencia. El incumplimiento de los ya concedidos índices de eficiencia, puede resultar en una degradación en la calificación otorgada o una eliminación completa de la etiqueta¹⁹¹.
- b) Inspección, es el procedimiento de examinación del diseño de un producto, del producto, de un proceso de producción, o de una instalación para determinar su conformidad con los requerimientos generales o específicos. Los ejemplos de procedimientos de inspección relativos a cambio climático se encuentran principalmente en el sector de la construcción. La conformidad en este sector es evaluada a través de la inspección in situ de cinco criterios clave: desarrollo sostenible del lugar, ahorro de agua, eficiencia energética, selección de materiales y calidad ambiental en interiores¹⁹².
- c) Otra herramienta de evaluación de la conformidad es la certificación. Esta incluye una garantía por escrito (el certificado) emitida por un órgano externo independiente (con la finalidad de asegurar la transparencia) que declare que un producto, su proceso de producción, edificio o empresa, se encuentran de conformidad con estándares específicos de emisiones o de eficiencia energética. A menudo, la prueba y la inspección son pasos integrales en la certificación otorgada.
- d) La acreditación es el procedimiento por el cual una autoridad otorga un reconocimiento formal a una persona u organización, declarándolas competentes para llevar a cabo tareas

¹⁹¹ Así es por ejemplo el esquema utilizado por la Autoridad de Generación de Electricidad de Tailandia. Ver SOKSOD Srinual y SUWICHARCHERDCHOO Panu, Rescaling the energy label No. 5: 2006 version in Thailand, Appliances Efficiency Improvement Project, Demand Side Implementation Division, EGAT, Tailandia, 2006, p. 2. Disponible en: <http://e-nett.sut.ac.th/pdf/ENETT49-139.pdf> Consultado el 11 de abril de 2011.

¹⁹² Información obtenida del Consejo de Construcción Verde de Estados Unidos, US Green Building Council, LEED, disponible en www.usgbc.org Consultada el 11 de abril de 2011.

específicas de evaluación de la conformidad. Esta se puede aplicar a laboratorios de prueba, órganos de inspección u órganos de certificación. Los órganos o autoridades de acreditación no tratan directamente con la verificación de requisitos específicos, en cambio, evalúan a los órganos que desempeñan dichas funciones¹⁹³.

- e) El último ejemplo de una herramienta de evaluación de la conformidad es la metrología, que asegura que los equipos de medición empleados en las evaluaciones cumplan con los requisitos para tal uso.

- **Restricciones y prohibiciones.**

Algunas otras medidas tomadas por los gobiernos, derivadas del cumplimiento de estándares y requisitos han sido la restricción de la venta o prohibiciones a la importación de ciertos productos energéticamente ineficientes; o, la prohibición del uso de ciertos GEI en la composición de productos. Todas por razones ambientales. Sin embargo, debe notarse, que las restricciones y/o prohibiciones a la importación son generalmente el “arma más pesada” entre el arsenal de medidas comerciales a elegir¹⁹⁴, ya que las prohibiciones y restricciones tienen un impacto directo en el comercio internacional reduciendo o eliminando oportunidades o derechos comerciales. Es por eso que, idealmente, los gobiernos comúnmente tratan de tomar en cuenta factores como la disponibilidad de otras medidas alternativas, la viabilidad técnica y el costo-eficiencia de dichas medidas. Los productos más comúnmente restringidos, son las prohibiciones para prevenir y minimizar emisiones de GEI fluorados (hidrofluorocarbonos, perfluorocarbonos y hexafluoruro de azufre) utilizados en equipos de refrigeración, espumas y solventes¹⁹⁵.

¹⁹³ OMC, A Handbook on the TBT Agreement, Secretariado de la OMC, Ginebra, 2006, p.54.

¹⁹⁴ EU – Importaciones de camarón y ciertos productos del camarón; Reporte del Órgano de Apelación; WT/DS58/AB/R; párrafo 171.

¹⁹⁵ Regulados en Austria, Suiza, Dinamarca y la Unión Europea. Información obtenida de: OMC y PNUMA, op. cit., p. 123.

iv. **Relación con las normas de la OMC.**

		Principios y Disposiciones del GATT.			Acuerdos de Multilaterales.
		No discriminación	XI	XX	OTC
Requisitos Técnicos	Basados en el producto.	El OTC contempla los principios de TN y NMF respecto de la aplicación de reglamentaciones técnicas, estándares y procedimientos de evaluación de la conformidad. Si estos alguna reglamentación fuera inconsistente con estos, lo sería también respecto de los Artículos I y III del GATT.	El Artículo XI requiere la eliminación general de restricciones cuantitativas a la importación o exportación de productos entre los Miembros. No obstante el párrafo 2 inciso b) introduce una excepción a la regla general y permite prohibiciones a la importación (y exportación) “necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional”. Se ha afirmado en control de la calidad ambiental es elegible para la aplicación de esta excepción, siempre que cumpla con los principios generales del comercio internacional.	La aplicación de reglamentos técnicos, estándares o procedimientos de evaluación de la conformidad que tengan como finalidad reducir las emisiones de GEI o adaptarse a las consecuencias del cambio climático; situaciones que sin duda calificarían como excepciones dentro de los incisos b) o g) del Art. XX, a diferencia de la sección anterior, difícilmente podrían aplicarse de forma diferente a los productos nacionales que a los importados; o diferir en el trato otorgado a importaciones provenientes de diferentes Miembros, en el entendido de que sean todos productos similares. Si fuer así, a pesar de calificar como excepciones, dichas medidas fallarían en cumplir con los requisitos del encabezado del Art. XX.	<p>- Los principios del OTC son: no discriminación, evitar obstáculos innecesarios al comercio y fomentar la armonización.</p> <p>-La medida en cuestión deberá ser lo menos restrictiva del comercio posible en el cumplimiento del objetivo legítimo (Art. 2.2); así mismo deberá basarse en estándares internacionales (si es que existen) a menos que este no sea efectivo o no brinde el nivel de protección deseada (Art. 2.4).</p> <p>-El Art. 2.8 del TBT señala que son preferibles las regulaciones sobre desempeño que aquellas sobre diseño, por resultar más flexibles.</p>
	Basados en el proceso (no relativo al producto). eco-etiquetado, restricciones.	La discusión surgida en cuanto a la similitud de un bien cuyo proceso de producción sea responsable de una mayor cantidad de emisiones y uno que no, y su consecuente trato desigual, aplica de forma semejante en esta sección.			<p>- Algunos autores opinan que el eco-etiquetado no se encuentra contemplado en el OTC pues la discriminación creada por estos esquemas debería estar restringida <i>de facto</i> por referirse a PPM’s no relativas al producto¹⁹⁶, mientras otros aseguran que si está regulado por el OTC por estar incluido en la segunda parte de la definición de reglamento técnico (Anexo 1).¹⁹⁷</p> <p>- Misma especificación sobre Art. 2.8.</p> <p>- Respecto a las restricciones o prohibiciones a la importación, por ejemplo la prohibición de los HFC’s, del mismo modo debe comprobarse que esta medida “extrema” es la única forma de lograr el objetivo legítimo planteado, no habiendo otra medida menos restrictiva que cumpla el mismo objetivo.</p>

¹⁹⁶ CHARNOVITZ STEVE, op. cit., p. 150.

¹⁹⁷ OMC y PNUMA, op. cit., p. 126.

B. Incentivos Económicos.

Las secciones anteriores analizaron las medidas que internalizan los costos de las emisiones y aquellas que las regulan mediante requisitos técnicos. Los financiamientos gubernamentales son otro tipo de medidas utilizadas como incentivos económicos para mitigar el cambio climático. Su finalidad es incentivar el desarrollo así como fomentar y mejorar la implementación y utilización de nuevas tecnologías ambientales y de energías renovables, facilitando los sistemas de innovación¹⁹⁸ o haciendo frente a los costos adicionales generados por el cambio hacia bienes y tecnologías más limpios. El proceso de innovación científico-tecnológica es complejo y su éxito y efectividad depende de la interacción de varios sectores, cada uno de los cuales tienen diferentes motivaciones: científicos, productores de tecnología, empresarios, usuarios, políticos. Mejorar la comunicación y confianza entre estos actores es de suma importancia para la innovación orientada hacia objetivos de política pública.¹⁹⁹

Estas medidas contrarrestan los factores por los cuales el desarrollo y uso de tecnologías energéticamente eficientes o más limpias, se ven obstaculizados. Los factores pueden ser diversos, entre los más comunes encontramos las fallas de mercado:

- Los altos costos de adquisición de dichas tecnologías, y los altos costos de la generación de energías renovables, comparados con los precios de las tecnologías (ineficientes) existentes, los combustibles fósiles o la energía eléctrica.

- El precio extra conocido como “costos de aprendizaje” que incluyen los costos adicionales en los que incurren las empresas que cambian de tecnologías ineficientes a tecnologías verdes, y que puede tomar años antes de ser inversiones redituables, situación que hace este cambio poco atractivo para el sector privado; así como riesgosa la inversión en investigación y desarrollo en este tipo de tecnologías.

¹⁹⁸ La OCDE ha definido a los sistemas de innovación como “los elementos y relaciones que interactúan con la producción, difusión y uso de los conocimientos nuevos y económicamente útiles manifestados en forma de productos y servicios”. Información obtenida de FOXON Timothy, *Inducing Innovation for a Low-Carbon Future: drivers, barriers and policies*, Reporte para The Carbon Trust, Reino Unido, 2003, p. 1.

¹⁹⁹ FOXON Timothy, *op. cit.*, p. 1.

En respuesta a estos factores, los estímulos económicos provenientes de financiamiento público, resultan opciones interesantes para equilibrar y hacer más atractivos los esfuerzos de mitigación. Los tipos de financiamiento ofrecidos, pueden ser dirigidos hacia dos sectores: los productores o los consumidores, y se encuentran basados en medidas impulsadas por la oferta o medidas impulsadas por la demanda, respectivamente. Las políticas impulsadas por la demanda están diseñadas para incrementar la demanda de tecnologías para mitigación, reduciendo los costos para los consumidores finales. Éstas son implementadas generalmente en los sectores de energía, transporte e infraestructura. Las políticas impulsadas por la oferta, tienen como objetivo proporcionar a los empresarios los incentivos adecuados para inventar, desarrollar e implementar tecnologías de mitigación. Este tipo de políticas apoyan programas dirigidos al sector de producción de energía (especialmente energía renovable) y al de transporte.

En relación con el cambio climático, las políticas de financiamiento se enfocan principalmente en tres áreas:

- (i) Incrementar el uso de fuentes de energías limpias y/o renovables.
- (ii) Desarrollo e implementación de bienes y tecnologías energéticamente eficientes y/o bajos en carbono.
- (iii) Desarrollo e implementación de tecnologías de secuestro de carbono.²⁰⁰

Esta sección plantea los dos tipos de incentivos otorgados: 1) para promover la innovación, y 2) para fomentar el uso, y da ejemplos de medidas utilizadas bajo estos esquemas, o que se encuentran en proceso de discusión.

a) Incentivos para promover la innovación de bienes y tecnologías respetuosos del medio ambiente.

Por los factores explicados anteriormente que obstaculizan o retrasan la innovación ambiental, la investigación básica debe ser estimulada frecuentemente con apoyos o premios para alentar a los científicos a inventar nuevos procedimientos y tecnologías. Un gran número de apoyos gubernamentales existentes actualmente tienen la finalidad de facilitar el desarrollo de

²⁰⁰ GREEN Andrew, Trade rules and climate change subsidies, World Trade Review, Volumen 5, Número 3, Cambridge Journals, Reino Unido, 2006, pp. 382-384.

tecnologías que reduzcan las emisiones de GEI y/o que aprovechen fuentes de energías renovables, mediante el financiamiento del costo de la investigación.²⁰¹ Los incentivos para fomentar la innovación son otorgados a condición de que se cumplan ciertas condiciones, tales como alcanzar objetivos de rendimiento.

Un ejemplo de estos es el programa de Apoyo al Desarrollo de Tecnología Baja en Emisiones para Automóviles, implementado en Corea del Sur, que financia instituciones de investigación que desarrollan, entre otros, vehículos híbridos para uso de transporte público²⁰².

Dichos financiamientos pueden presentarse como medidas *ex ante* o como medidas *ex post*. Las medidas *ex ante* se expresan como apoyos otorgados para alentar nuevas investigaciones y el desarrollo de nuevos proyectos, en cuyos casos, la mejora tecnológica buscada, debe especificarse con anterioridad a que comience la investigación. Estas medidas son implementadas cuando alguna innovación se necesita específicamente. Un ejemplo de estos apoyos es el programa Abatimiento de Gases Efecto Invernadero implementado en Australia, que concede apoyos en capital a proyectos que se espera resulten en un abatimiento cuantificable de emisiones²⁰³.

Las medidas *ex post*, pueden ser otorgadas como premios que recompensen innovaciones o proyectos existentes. Un ejemplo de estos incentivos es el Premio “L” para Iluminación “Un Mañana Brillante” patrocinado desde 2007 por el Departamento de Energía de EUA. El premio se otorga a participantes que desarrollen tecnologías para las nuevas “lámparas Siglo XXI” que reemplacen las bombillas incandescentes de 60watts y las lámparas de halógeno PAR 38²⁰⁴.

²⁰¹ NEWELL Richard G. y WILSON Nathan E., Technology Prices for Climate Change Mitigation, Resources for the Future Discussion Paper, EUA, 2005, pp.3-4.

Disponible en: <http://www.rff.org/documents/RFF-DP-05-33.pdf>. Consultado el 12 de abril de 2011.

²⁰² Ver WTO G/SCM/N/95/Kor, fechada el 5 de Mayo de 2004, p. 24. Ver también DUKGEUN Ahn, Why Should Non-Actionable Subsidies Be Non-Actionable?, KDI School Working Paper Series, KDI School of Public Policy and Management, Corea del Sur, 2005, p. 28. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=748705&## Consultado el 12 de abril del 2011.

²⁰³ Información obtenida de la página web del Departamento de Medio Ambiente, Agua, Patrimonio y Artes del Gobierno de Australia: www.environment.gov.au Disponible en:

<http://www.environment.gov.au/atmosphere/ozone/sgg/index.html> Consultada el 12 de abril de 2011.

²⁰⁴ Información obtenida de la página web de dicho Premio: <http://www.lightingprize.org/> Consultada el 12 de abril de 2011.

b) Incentivos para fomentar el uso de bienes y tecnologías respetuosos del medio ambiente.

Los incentivos para fomentar el uso e implementación de bienes y tecnologías respetuosos del medio ambiente constan generalmente de asistencia o apoyo financiero directo otorgado por políticas gubernamentales. Dicho apoyo esta condicionado a una serie de criterios por ejemplo:

El apoyo puede estar ligado a la producción, mediante a) primas garantizadas por unidad de producción, por ejemplo, un precio mínimo garantizado por hora-kilowatt producida; b) pagos directos y/o créditos fiscales otorgados en proporción al volumen de producción; c) apoyos otorgados directamente a ciertos insumos durante el proceso de producción, por ejemplo, fuentes de energía renovables. El apoyo también puede enfocarse en factores de valor agregado tales como fuerza laboral o capital.²⁰⁵

Otro de los criterios a los que se condicionan los incentivos, es el origen de los insumos. Por ejemplo, en algunos estados de EUA, los créditos fiscales sólo son otorgados si las materias primas utilizadas han sido producidas u obtenidas en el mismo estado en el que la planta de producción esta situado (sólo podrán venir de fuera, si no están disponibles dentro del mismo)²⁰⁶.

Los siguientes son los esquemas de soporte más utilizados en las políticas nacionales de fomento al uso y la implementación de bienes y tecnologías respetuosas de medio ambiente para mitigar el cambio climático.

i. Medidas fiscales.

Existen dos tipos de medidas fiscales utilizadas típicamente para estimular la participación en los esfuerzos de mitigación al cambio climático: reducciones fiscales (que incluyen exenciones, deducciones y descuentos fiscales); y créditos fiscales (por ejemplo, créditos sobre ISR, créditos sobre impuestos personales, o sobre sociedades, créditos a la producción, y créditos a la inversión). Ambas medidas se pueden enfocar en el consumo (recompensar la compra e instalación de ciertas tecnologías, por ejemplo, una reducción en el IVA para ciertos productos);

²⁰⁵ OMC y PNUMA, op. cit, pp. 113-114.

²⁰⁶ Información obtenida de la página web del Departamento de Energía de EUA, sección de Eficiencia Energética y Energía Renovable: www.eere.energy.gov. Disponible en: http://apps1.eere.energy.gov/states/state_news_detail.cfm/news_id=9043/state=MT. Consultada el 14 de abril de 2011.

o, en facilitar la inversión en la producción de bienes y tecnologías inocuos para el cambio climático o en las fuentes de energía renovable (como la reducción en el ISR para productores de energías renovables).

Para fomentar el uso de estos bienes y tecnologías por empresas grandes, también se ha implementado una política de “depreciación acelerada” que permite a aquellos inversionistas de estas tecnologías depreciar el valor de sus plantas y equipos en un ritmo más rápido de aquel permitido normalmente, reduciendo así sus ingresos declarados para efectos del cálculo de ISR²⁰⁷.

ii. Medidas de apoyo a los precios.

Las medidas de apoyo a precios se han desarrollado principalmente en el área de generación de electricidad a partir de energías renovables, como tarifas de introducción o tarifas de alimentación. Por medio de estas tarifas se garantiza a los productores un precio mínimo regulado, por hora/kilowatt, que las compañías eléctricas deben pagar por la energía (renovable) incorporada a la red eléctrica nacional por un productor independiente. Estas medidas se han probado exitosas y son actualmente utilizadas por un gran número de países, entre los que se encuentran EU, Alemania, España, Italia, Francia, Australia, Algeria, Tailandia y China.²⁰⁸

Los beneficios principales de éstas tarifas para energías renovables son: 1) que generalmente la energía renovable tiene un periodo de tiempo largo, y por tanto los precios garantizados también, dando seguridad a los inversionistas. Y 2) estimulan el desarrollo local de energías renovables, incrementando la competencia en la generación de energía y contribuyendo a que las compañías tengan mayores márgenes de ganancia, así, se fomenta también la innovación.

De la experiencia en la implementación de estas tarifas se ha deducido que estas han sido particularmente exitosas cuando se han incluido en un paquete más amplio de mecanismos de

²⁰⁷ CLEMENT David, LEHMAN Mathew, et al., Internal tax Incentives for Renewable Energy: Lessons for Public Policy, preparado para Energy Foundation China Sustainable Energy Program, Centre for Resource Solutions, China, 2005, p. 13.

²⁰⁸ RAGWITZ Mario y HUBER Carl, Feed-in systems in Germany and Spain, and a Comparison, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Researchs, Alemania, 2005, p. 6-10. Citado en OMC y PNUMA, op. cit, p. 114.

apoyo, que incluya deducciones fiscales, créditos blandos así como incentivos a la inversión en algunas tecnologías.

Finalmente se ha considerado también como medida de apoyo a precios para fomentar el uso de bienes y tecnologías respetuosos del medio ambiente, el mecanismo conocido como “Medición Neta”, cuyo objetivo es reducir costos para dueños de pequeños equipos de generación de energía a partir de fuentes renovables. El mecanismo funciona si la cantidad de energía que los equipos de energía renovable suministran a la red nacional eléctrica es mayor que aquella que el equipo toma de la red durante un periodo de facturación; entonces el consumidor (productor de energía renovable) recibe un crédito por la cantidad generada (por él mismo), para futuras facturas.²⁰⁹

iii. Medidas de apoyo a la inversión.

Las políticas de apoyo a la inversión son utilizadas para reducir el costo capital de la instalación e implementación de tecnologías de energía renovable: un porcentaje específico de los costos de construcción o instalación de tecnologías respetuosas del medio ambiente es devuelto al inversionista en forma de subvenciones en capital, resultando en reducciones significativas en el costo global de dichas tecnologías.²¹⁰ Un ejemplo de estas está siendo actualmente implementado por Japón, quien otorga subsidios en capital a empresas para estimular el desarrollo de sistemas energéticos de celdas fotovoltaicas. Se considera que el rápido desarrollo de dichos sistemas en Japón, es consecuencia de esta política²¹¹.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 115.

²¹⁰ FOXON Timothy J., *op. cit.*, p. 41. Información obtenida de la página web de The Carbon Trust: www.carbontrust.co.uk. Disponible en <http://www.carbontrust.co.uk/Publications/pages/publicationdetail.aspx?id=CT-2003-07> Consultada el 14 de abril de 2011.

²¹¹ Información obtenida de OMC y PNUMA, *op. cit.*, p. 115.

c) Relación con las normas de la OMC.

		Disposiciones del GATT.		Acuerdos de Multilaterales.
		III	XX	SMC
Incentivos Económicos.	Para promover la innovación.	<p>El inciso a) 1) ii) del Art. 1 del SCM incluye en la definición de subvención, la condonación de ingresos públicos, tales como incentivos o bonificaciones fiscales.</p> <p>El párrafo 4 del Art. III del GATT señala que los productos importados no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional.</p> <p>El párrafo 8 b) del mismo artículo, señala que las disposiciones del Art. III no impedirán el pago de subvenciones exclusivamente a productores nacionales aplicados de conformidad con el texto del mismo, incluidos:</p>	<p>En caso de que un apoyo gubernamental otorgado como exención o condonación fiscal fuera calificado como violatorio al Art. III:4, difícilmente podría encontrarse justificado por los incisos b) o g) del Art. XX del GATT. Pues el propio objeto de la violación (la existencia de un trato menos favorable al producto similar importado frente al nacional) implicaría el incumplimiento de los requisitos del encabezado a los que están sujetas las excepciones, especialmente, de una discriminación arbitraria e injustificada. Entendiendo además que ambas tecnologías de adaptación o mitigación (nacional e importada) sean consideradas como similares.</p> <p>Así mismo, el propio objeto de las excepciones dejaría sin justificación la violación, pues las medidas que concedan este tipo de ventajas para la preservación de la vida humana, animal o vegetal, o para la conservación de recursos naturales, no debería distinguir entre productos similares nacionales o importados, que compartan dicha finalidad.</p>	<p>Debido a que los bienes tecnológicos están abiertos al mercado internacional, y que los apoyos gubernamentales tienen como objetivo impactar en el precio y la producción de dichos bienes, si los apoyos destinados a la creación de nuevas tecnologías de adaptación o mitigación están mal planeados o diseñados, podrían calificarse como específicos (Art. II SCM), si se plantearan de tal forma, resultarían recurribles por el acuerdo SCM, en detrimento de los esfuerzos de mitigación. Una propuesta es renovar los subsidios no recurribles incluyendo aquellos para promover la innovación de tecnologías de mitigación.</p>
	Para promover el uso.	<p>Los pagos a productores; y las subvenciones en forma de compra de productos nacionales por los poderes públicos.</p> <p>Derivado de las disposiciones anteriores, sería posible argumentar que los apoyos gubernamentales otorgados en la forma de condonaciones o exenciones fiscales no están incluidos en el párrafo 8 b) y resultan, por tanto, en un trato menos favorable en materia de tributación para el producto importado, si este es similar al nacional, implicando una violación al principio de trato nacional, por lo que dicha ventaja debería extenderse también al producto importado.</p>	<p>En cuanto a la especificidad de una subvención para favorecer la innovación/uso de las citadas tecnologías: la finalidad de dicho apoyo es necesariamente estimular la producción, por lo que el impacto en precios y la distorsión en la competencia es inevitable. No obstante, también resultaría un medio accesible para proteger a la producción nacional, en detrimento de la propia innovación de bienes de esta categoría, por lo que la planeación de dicho subsidio es importante, para poder identificar aquellos cuyo objetivo real, sean la adaptación/mitigación, de aquellos cuya finalidad sea el proteccionismo como tal. De este modo, un apoyo mal planeado, que resultara específico o prohibido, tampoco podría justificarse bajo las excepciones del Art. XX.</p>	<p>Los apoyos otorgados a las industrias para compensar los costos de instalación de tecnología de reducción de emisiones, hacen posible que las empresas no pierdan competitividad, como resultado, podrían aumentar sus exportaciones, poniendo en duda la legitimidad del subsidio. La misma propuesta de subsidios no accionables aplica para aquellos apoyos destinados a promover el uso de nuevas tecnologías de adaptación o mitigación.</p>

3. Solución de controversias: ¿medidas ambientales como barreras comerciales?

En términos generales, los precedentes de la OMC que han analizado cuestiones ambientales, son relevantes para examinar las medidas concernientes a cambio climático que posiblemente afecten los flujos de comercio. Un estudio de estos casos efectuado por el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC revela que el Órgano de Solución de Diferencias ha lidiado para hacer frente a las cuestiones difíciles sobre cómo armonizar la liberalización comercial con las políticas para la protección ambiental. También revela que hay amplio espacio para mejoras.²¹²

En esta sección se presentará un breve análisis de tres casos concernientes a medidas ambientales, cómo estas se relacionan con las reglas comerciales y cómo han sido interpretadas y resueltas por sus paneles respectivos.

El enfoque general que han dado los paneles bajo las normas de la OMC, ha sido reconocer que dichas medidas emanan de la autoridad soberana de los Estados, y pueden ser usadas para lograr objetivos de políticas ambientales, siempre que respeten una lista de condiciones y cumplan una serie de requisitos conforme a las reglas del sistema multilateral de comercio; de lo contrario resulta fácil aseverar que dichas medidas se erigen como barreras comerciales discriminatorias, violatorias de los principios de comercio multilateral. En opinión de algunos otros, la satisfacción o cumplimiento de estas largas listas de condiciones y requisitos, en sí mismos, se erigen como barreras a la protección ambiental. ¿Quién es obstáculo para quién?

En teoría, o idealmente, las reglas de la OMC en su conjunto ofrecen un marco regulatorio que asegura previsibilidad, transparencia y la implementación justa y no discriminatoria de toda medida, sin que éste marco pretenda imponerse sobre o evaluar la validez de objetivos de políticas nacionales diferentes a la liberalización comercial, como lo es la mitigación al cambio climático. ¿Son suficientes las disposiciones existentes en el régimen multilateral de comercio para salvaguardar tanto la liberalización comercial así como cualesquiera otras políticas nacionales sin que la primera implique tácitamente el sacrificio de las demás, y sin que las demás encubran restricciones comerciales arbitrarias o injustificadas?

²¹² Información obtenida de la página web de la OMC: www.wto.org. Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_measures_e.htm. Consultada el 27 de abril de 2011.

A. El caso Atún-Delfín I (GATT).

Partes	Disposiciones aplicables.	Calendario de la Controversia.
Reclamante: MÉXICO	Artículos I, III, XI y XX del GATT.	Establecimiento del Panel: Febrero de 1991.
Demandado: EUA		Reporte del Panel: circulado el 3 de Septiembre de 1991.
		Adopción: Informe no adoptado.

Breve síntesis del caso. El caso Atún-Delfín I giró en torno a un embargo efectuado por el gobierno de EU hacia importaciones de atún aleta amarilla mexicano capturado con redes de cerco, que se argumentaba capturaban un elevado número de delfines superior al de los barcos atuneros estadounidenses; el embargo fue derivado de la implementación de la Ley de Protección a Mamíferos Marinos que regulaba la pesca con redes de cerco de atún en el Océano Pacífico Oriental y prohibía la importación del atún o productos derivados extraído bajo este método.

Medidas impugnadas:

- **Ley de Protección a Mamíferos Marinos** (MMPA, Marine Mammal Protection Act).

- Prohíbe la importación de atún aleta amarilla (o productos derivados) pescado con redes de cercos en el Pacífico Oriental. Salvo que las autoridades norteamericanas competentes establezcan que:

(i) El gobierno del país pesquero tenga un programa de regulación de captura incidental de mamíferos marinos comparable al de EUA, y

(ii) Que la tasa promedio de muerte incidental de estos mamíferos ocasionada por buques pesqueros del exportador, sea comparable a la tasa media de muertes ocasionada por buques estadounidenses.

- Prohíbe la importación de atún proveniente de países intermediarios, compradores de atún procedente de un país que pesque con redes de cerco en las aguas del Pacífico Oriental.

* Derivado de estas prohibiciones, en agosto de 1990 una **corte federal** de EUA ordena el **embargo** a las importaciones de atún aleta amarilla procedentes de varios países, entre ellos, México (embargo directo). En octubre de 1990, se ordena un segundo embargo para las importaciones de atún procedentes de México.

- **Ley de Información al Consumidor para Protección al Delfín** (DPCIA, Dolphin Protection Consumer Information Act).

- Especifica un estándar de etiquetado voluntario “Dolphin-Safe” para cualquier producto de atún exportado o puesto a la venta en EUA.

Reclamaciones de las Partes.

México argumentó que las disposiciones de la MMPA eran restricciones a la importación que contravenían el Art. XI del GATT; los embargos derivados (directo y a intermediarios) aplicados al producto como tal, contravenían el Art. III; y que la limitación territorial de dichas disposiciones al Pacífico Oriental era una discriminación geográfica que violaba el Art. XIII. Así mismo, las condiciones de comparación para permitir la importación, dependiente de los resultados de los buques estadounidenses, eran violatorios del Art. III.

Así mismo, impugnó el estándar de etiquetado contenido en la DPCIA, como violatorio de los Arts. I y IX, por limitarse a una zona geográfica.

Y finalmente solicitó que el panel considerara dichas medidas como no-justificadas bajo ninguna de las excepciones del Art. XX.

Estados Unidos argumentó que tanto las disposiciones de la MMPA así como su implementación mediante los embargos primario y secundario (intermediarios), debían ser consideradas como regulaciones internas que afectan la venta, oferta, compra, transporte, distribución y uso del atún y sus productos derivados, consistente con el Art. III.4.

Y que, aún si dichas medidas fueran consideradas inconsistentes, se encontraban justificadas por los incisos b), d) y g) del Art. XX.

Decisión del Panel.

El Panel encontró que la prohibición a la importación así como su implementación mediante los embargos directo e intermediarios, no constituían regulaciones internas dentro del marco del Art. III.4 pues no eran aplicadas directamente al producto como tal regulando su venta, sino restricciones a la importación, inconsistentes con el Art. XI.1, y no justificadas bajo ninguna de las

excepciones del Art. XX. No obstante, el informe no fue adoptado por el Consejo General del GATT.

Principales conclusiones relativas a las cuestiones de:

Extraterritorialidad (Art. XX). Uno de los argumentos principales de México se refería al límite territorial de la protección catalogada como excepción en el Artículo XX incisos b) y g). México exigía que las medidas debieran ajustarse a la protección y/o conservación *dentro del territorio* del Estado que las imponía. EUA sostuvo que un gobierno podía imponer medidas restrictivas para proteger la vida o la salud de las personas, las plantas o los animales, inclusive si se encontraban fuera de su jurisdicción²¹³.

El panel notó que no se podía deducir del texto del Art. XX, si la protección estaba destinada a constreñirse dentro de los límites territoriales del Estado que impuso las medidas o no. Por tanto, analizó la historia de negociación del Art. XX. Encontró que la disposición se encontraba en la redacción de la Carta de la Habana; la existencia del inciso b) se debía a preocupaciones relativas a medidas sanitarias (aplicadas a productos de importación), destinadas para la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal. Por tanto, dicha protección se limitaba a la jurisdicción del país importador. Y concluyó que, si esto fuera de otro modo, los importadores podrían determinar unilateralmente los estándares de protección de otros Miembros, arriesgando los derechos concedidos bajo el Acuerdo General, que sólo brindaría seguridad y previsibilidad para aquellos Miembros que tuvieran exactamente los mismos estándares y regulaciones.²¹⁴

Regulaciones Proceso frente a Producto (Art. III). México argumentó que el embargo al atún contravenía el Art. III del GATT, pues el atún y productos derivados nacionales, eran similares al atún y productos derivados importados. De este modo, una medida resultante en el embargo del producto importado, basada únicamente en su proceso de producción (redes de cerco en el Pacífico Oriental que capturaban delfines) era discriminatoria y violatoria del Art. III. EUA respondió que dicha medida correspondía a una regulación de procesos y métodos de

²¹³ Estados Unidos – Restricciones a la Importación de Atún (1991- Informe no adoptado) 30 ILM 1598 (1991) párrafos 3.35 y 3.36.

²¹⁴ *Ibíd.* Párrafos 5.27 y 5.28.

producción exigible en frontera, método que además resultaba ilegal, y que ni era menos favorable para los bienes importados ni protegía a la producción nacional, resultando compatible con las disposiciones del Nota Interpretativa del Artículo III.

El panel no se pronunció directamente sobre la discriminación basada únicamente en procesos y métodos de producción. Señaló nuevamente, que la medida no regulaba al producto como tal, y por tanto estaba regulada por el Artículo III. E incluso si así lo hiciera, la prohibición a la importación incumpliría con los requisitos de dicho artículo. No obstante concluyó señalando que de este modo el Artículo III.4 obliga a EU a conceder al atún mexicano un trato no menos favorable que el concedido al atún nacional, aún si la captura incidental de delfines por buques mexicanos corresponde o no, a aquella efectuada por buques estadounidenses.²¹⁵

Eco-etiquetado. La cuestión sobre el etiquetado “Dolphin Safe” fue la única favorable para EUA. El Panel encontró que dichas medidas (DPCIA) no restringían la venta del atún o productos derivados, ni establecían requisitos para obtener ventaja alguna. Cualquier ventaja resultante derivaba de la libre preferencia de los consumidores, a pesar de que se condicionara el otorgamiento a los métodos de pesca del atún. Así mismo, la etiqueta no discriminaba entre producto nacional e importado ni entre importaciones provenientes de diferentes Miembros, a pesar de que se circunscribiera a la pesca en el Pacífico Oriental. Entonces, era compatible con las disposiciones del GATT²¹⁶.

Conclusión personal.

En varios análisis, se refiere a este caso como el ejemplo emblemático de la cuestión políticas ambientales vs. liberalización comercial²¹⁷. En mi opinión, esto no es así. El caso atún-delfín, como lo demuestran varios estudios, es un excelente ejemplo del “riesgo comercial” que suponen las medidas ambientales, pues fue una batalla política encubierta para justificar la

²¹⁵ *Ibíd.* Párrafos 5.14 y 5.15.

²¹⁶ *Ibíd.* Párrafos 5.42-5.44.

²¹⁷ Véanse JAMES Joseph, *The Tuna-Dolphin Controversy in the Eastern Pacific Ocean: Biological, Economic and Political Impacts*, en *Ocean Development and International Law Journal*, Vol. 25, EUA, 1994, pp. 1-30. HURLOCK Mathew, *The GATT, U.S. Law and the Environment: A Proposal to Amend the GATT in Light of the Tuna/Dolphin Decision*, en *Columbia Law Review*, Vol. 92, número 8, EUA, 1992, pp. 2098 - 2161.

protección a la industria atunera estadounidense²¹⁸. El informe del Panel no se atrevió a calificar las medidas de EU como proteccionistas, pero sí como discriminatorias. No obstante con ello no quiso decir, como muchos criticaron, que la liberalización comercial se encontrara por encima de las políticas ambientales de conservación, sino que éstas, en este caso particular, se encontraban planteadas de forma tal, que violaban los principios de no discriminación, transparencia y previsibilidad a los que EUA está comprometido bajo el régimen multilateral de comercio. No obstante, una de las conclusiones fundamentales desafiantes o desfavorables para los objetivos de protección ambiental, fue la de los límites territoriales de protección de los incisos b) y g), que suscitó posteriormente, debate e incertidumbre.

B. El caso Camarón-Tortuga.

Este caso fue analizado por un Panel de la OMC cuya resolución fue impugnada por EUA ante el Órgano de Apelación (OA).

Partes	Disposiciones aplicables.	Calendario de la Controversia.
Reclamantes: India, Malasia, Pakistán, Tailandia.	Artículos XI y XX del GATT.	Establecimiento del Panel: 25 de Febrero de 1997.
		Reporte del Panel: 15 de Mayo de 1998.
Reporte del Órgano de Apelación: 12 Octubre 1998		
Adopción: 6 de Noviembre de 1998.		
Demandado: EUA		

Breve síntesis del caso. El caso Camarón-Tortuga, versó sobre *la aplicación* de la Sección 609 de la Ley estadounidense sobre Especies en Peligro de Extinción. Esta sección regula la pesca de camarón y exigía el uso de dispositivos excluidores de tortugas (TED's por sus siglas en inglés: *Turtle Excluder Devices*) para todos aquellos barcos camaroneros industriales que pescaran en aguas donde la tortuga y el camarón concurrieran. Así mismo, esta regulación prohibía la importación de camarón y productos derivados proveniente de aquellos exportadores no

²¹⁸ Véanse MURPHY Dale D., *The Tuna-Dolphin Wars*, en *Journal of World Trade* Vol. 40, Número 4, Países Bajos, 2006, pp. 597-617. DOWNES David R., VAN DYKE Brennan, *Fisheries Conservations and Trade Rules: Ensuring that Trade Law Promotes Sustainable Fisheries*, en *Report by Greenpeace and the Centre for International Environmental Law*, EUA, 1998, pp. 61.

certificados por la autoridad americana competente; dicha certificación exigía el uso de TED's en algunas locaciones para aquellos camareros que pescaran con técnicas de arrastre.

La regulación fue impugnada por un grupo de países (señalados en el cuadro *supra*) y el Panel que revisó la controversia juzgó la medida como inconsistente con el Art. XI del GATT y no justificada bajo las excepciones del Art. XX. Estados Unidos impugnó esta resolución, para que fuera analizada por el Órgano de Apelación.

Medidas Impugnadas.

- **Sección 609 de la Ley Pública 101-102 (y sus medidas de aplicación, Directrices de 1996).**

La Sección 609 (b) (1) prohíbe la importación de camarón y productos derivados, obtenidos con técnicas comerciales de pesca que puedan causar un daño a las tortugas marinas. La Sección 609 (b) (2) provee que dicha prohibición no se aplicará a aquellos Miembros que hayan obtenido una certificación respecto de sus técnicas de pesca de camarón, emitida por el Departamento de Estado. De acuerdo con las Directrices de 1996, la certificación puede obtenerse de dos formas:

a) La primera se refiere a aquellos Estados cuya pesca de camarón no plantee ningún riesgo para las tortugas, ya sea porque estas no concurren en su jurisdicción o donde la pesca se lleva a cabo; o porque sus métodos sean exclusivamente artesanales (no industriales).

b) La segunda certificación se refiere al uso de TED's. Se otorgará a aquellos Miembros exportadores que provean pruebas documentales suficientes para determinar que han implementado un programa gubernamental para evitar la toma incidental de tortugas durante la pesca de camarón, *comparable* a aquel implementado por EUA; y que su tasa promedio de toma incidental de tortugas por buques camareros, sea también *comparable* a la tasa estadounidense. Dicho programa deberá incluir claro, la exigencia del uso de TED's efectivos.

Reclamaciones de las partes.

India, Malasia, Pakistán y Tailandia solicitaron que el Panel considerara a la Sección 609 y sus medidas de aplicación:

- Inconsistentes con los Artículos XI:1 y XIII:1 del GATT de 1994; Y
- No-justificadas por las excepciones (b) y (g) del Artículo XX del GATT de 1994; y,

- Que anulan o menoscaban los beneficios comerciales resultantes de las negociaciones del GATT, concedidos a India, Malaysia, Pakistán y Tailandia, en el sentido del Artículo XXIII:1 (a) del GATT de 1994.

India, Pakistán y Tailandia, solicitaron adicionalmente, que el Panel considerara a la Sección 609 como inconsistente con el Artículo I:1 del GATT de 1994.

Estados Unidos Basó su defensa en la afirmación de que la Sección 609 y sus medidas de aplicación estaban justificadas como excepciones comprendidas dentro los incisos b) y g) del Artículo XX del GATT de 1994.²¹⁹

Decisión del Panel.

Gran parte de la decisión del Panel se sustentó en el análisis legal que examinó si la medida satisfacía o no los requisitos del encabezado del Art. XX del GATT. El Panel encontró que la Sección 609:

- Es una prohibición a la importación, violatoria del Artículo XI:1 del GATT de 1994.
- No justificada por las excepciones en los incisos b) y g) del Artículo XX del GATT, pues no cumple con los requisitos del encabezado del Artículo, ya que discrimina injustificadamente entre dos países donde prevalecen las mismas condiciones.²²⁰

Principales conclusiones relativas a las cuestiones de:

Productos similares Art. I:1. Los reclamantes argumentaron que la Sección 609 era violatoria del principio de NMF, pues discriminaba en el trato entre productos similares provenientes de diferentes Miembros. De acuerdo con los reclamantes, los productos eran similares pues compartían los mismos fines, usos, clasificación arancelaria y eran perfectamente sustituibles; la única diferencia, era su método de obtención. Además en ocasiones, incluso siendo el mismo, gozaban de un trato diferente en razón de la existencia/inexistencia de una certificación difícil de obtener. EUA, argumentó que su regulación (certificación incluida) se aplicaba de la misma

²¹⁹ United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel, WT/DS58/R, párrafos 27 – 29.

²²⁰ *Ibíd.*, párrafos 7.23 y 7.62.

manera a todos los Miembros exportadores de camarón, y por tanto no existía discriminación alguna.

El Panel consideró que al haberse pronunciado sobre la inconsistencia de la medida con el Artículo XI:1, no era necesario pronunciarse respecto de si los productos eran similares y/o la existencia de una discriminación entre Miembros exportadores. Así, la cuestión sobre si diferentes métodos de obtención o cosecha puede resultar en productos no similares para los que es posible otorgar un trato diferente, quedó pendiente.

Jurisdicción/Soberanía Art. XX b) y g). Los reclamantes argumentaron que la invocación de las excepciones en los incisos b) y g) del Artículo XX, no podía aplicarse a animales localizados fuera de la jurisdicción del Miembro que la invocara, pues de ser así, se violaría el principio de soberanía del Derecho Internacional. EU contra-argumentó, que en ejercicio de *su* soberanía basado en el mismo principio, él podía regular las importaciones dentro de *su* territorio.

Una vez más, el Panel no abordó la discusión sobre los límites de la soberanía o los límites de la jurisdicción de las excepciones del Artículo XX, pues le bastó con esclarecer que la Sección 609 no estaba justificada como excepción, en razón de caer fuera del ámbito de aplicación del encabezado del Artículo XX.

Apelación. Alegaciones de error. En la apelación, EUA se centró principalmente en dos alegaciones de error:

- La decisión del Panel de no considerar las presentaciones u opiniones de organizaciones no gubernamentales (*amicus briefs*) para su decisión final, por considerar esto como violatorio del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD). Y,
- La conclusión relativa al Artículo XX del GATT DE 1994.

Decisión del OA. El OA:

- Revoca la decisión del Panel de rechazar información no requerida proveniente de fuentes no gubernamentales, por considerar esto contrario al DSU.

- Revoca la conclusión del Panel relativa a que la medida de EUA no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las excepciones permitidas bajo el encabezado del Art. XX del GATT. Y,
- Concluye que a pesar de que la medida de EUA califica como excepción bajo el Artículo XX g), no cumple con los requisitos del encabezado del citado Art. XX, pues se considerada un esquema rígido que no busca negociar con todos los Miembros (entre ellos los reclamantes, y sí con sus socios comerciales del hemisferio occidental) y que no considera las condiciones que prevalecen en otros países. Por tanto no se encuentra justificada bajo las excepciones del mismo.

Por resultar de mayor relevancia para el tema de este estudio, nos centraremos en la segunda alegación.

Artículo XX del GATT. EUA impugnó el razonamiento por el cual el Panel considera la Sección 609 fuera del ámbito de aplicación del encabezado del Art. XX del GATT. Este se encuentra condensado en el párrafo 7.61 del Reporte²²¹. La alegación de EUA se centra en la frase “*amenaza al sistema multilateral de comercio*”, sobre la cual el Panel construyó su razonamiento.

EUA alegó que el Panel falló al realizar el análisis sobre la aplicación del encabezado, pues partió un punto de vista incorrecto. La frase “*discriminación injustificable*” del encabezado sugiere que *excepcionalmente* (casos referidos en los incisos) puede existir discriminación. Es decir, puede existir una medida discriminatoria, por tanto inconsistente, pero que por su razón de existir (incisos a – j) esté eximida del cumplimiento de las obligaciones del GATT. El Panel debió haber analizado si la razón por la que la medida de EUA diferenciaba entre Miembros exportadores de camarón, era o no justificable. No obstante, alega EUA, el Panel cambió el sentido del Art. XX analizando una obligación mucho más amplia y subjetiva: se preguntó si *ese tipo de medida* (justificada o no) *atentaba potencialmente contra el sistema multilateral de comercio*. Y concluyó

²²¹ “As far as the WTO Agreement is concerned, we considered that certain unilateral measures, insofar as they could jeopardize the multilateral trading system, could not be covered by Article XX. (...)Nevertheless, in the present case, even though the situation of turtles is a serious one, we consider that the United States adopted measures which, irrespective of their environmental purpose, were clearly a threat to the multilateral trading system and were applied without any serious attempt to reach, beforehand, a negotiated solution”.

United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel, WT/DS58/R, párrafo 7.62.

que otorgar un trato diferenciado basándose en el requerimiento de la adopción de TED's, era injustificable.²²²

Conclusiones del Órgano de Apelación relevantes para el presente estudio.

Evaluación del encabezado del Art. XX del GATT. El OA encontró tres errores de derecho en el Reporte del Panel.

1. Puntualizó que la obligación contenida en el encabezado es muy general pues su intención es evitar tanto el abuso como el mal uso de estas excepciones, y por este motivo la secuencia de análisis sugerida por reportes previos del OA (*Reformulated Gasoline*) es fundamental:

Primero se debe analizar el diseño o construcción de la medida, si ésta como tal se encuentra o no cubierta por alguno (s) de los incisos a)-j) del Art. XX. Si esto es así, se procede a examinar si la medida cumple con los requisitos del encabezado:

El análisis de su implementación se relaciona con si ésta se aplica o no de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones conforme al texto del encabezado; y *éste análisis es posterior* y diferente al de su construcción.

La secuencia lógica del análisis legal del Art. XX no es arbitraria o aleatoria, refleja el entendimiento que tiene el OA sobre el encabezado del Art. XX, como disposición destinada a prevenir el abuso de los derechos de los Miembros, contenidos en dicho Art.²²³ El OA hace una valiosa interpretación del encabezado del Art. XX²²⁴.

1. Sostuvo que los requisitos del encabezado del Art. XX deben evaluarse respecto de la *aplicación* de la medida, y no de la medida en sí misma. Por tanto, el Panel debió haber analizado

²²² United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, párrafos 10 – 28.

²²³ HOWSE Robert, The Appellate Body Rulings on the Shrimp/Turtle case: A new legal baseline for the trade & environment debate, en Columbia Journal of Environmental Law, No. 491, EUA, 2002, pp. 5.

²²⁴ “La tarea de interpretar y aplicar el encabezado es, por tanto, esencialmente delicada, pues debe localizar y marcar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar un excepción bajo el Art. XX y los derechos de otros Miembros bajo las demás disposiciones del GATT (vg. Art. XI), para que ninguno de los derechos en cuestión anule los del otro”.

United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, párrafo 159.

de qué manera *la aplicación* de la Sección 609 constituía un medio de discriminación arbitraria o injustificada en países donde prevalecen las mismas condiciones. Y no, como lo hizo, si la medida como tal, era consistente con los requisitos del encabezado.

2. Una de las conclusiones más valiosas del reporte del OA: El Panel erró en asumir que las medidas unilaterales que condicionan el acceso al mercado al cumplimiento de políticas del país importador, son como regla general, no-justificables por el Art. XX. Pues condicionar acceso al mercado doméstico, al cumplimiento de políticas del Miembro importador, es con frecuencia un aspecto común de las excepciones dentro del ámbito de aplicación del Artículo XX, y si éstas *per se* se calificaran como injustificadas, por amenazar o dañar el sistema multilateral de comercio, el propósito de dichas excepciones resultaría inútil.²²⁵

Al revocar la conclusión del Panel y considerar a la Sección 609 como una medida “no injustificada” el AB debió completar el análisis y proseguir examinando la construcción de dicha medida para evaluar si esta calificaba como una de las excepciones del Art XX. En su opinión, la medida calificó como excepción, bajo el ámbito de aplicación del inciso g) del Artículo XX.

Artículo XX g) “Recursos Naturales Agotables”. El OA plantea una conclusión muy interesante y novedosa respecto del significado y extensión del término Recursos Naturales Agotables. A pesar de que los reclamantes argumentaban que el inciso g) no era aplicable a la medida pues, de acuerdo con el significado simple del término y la historia de negociación del GATT, *recursos agotables* excluía necesariamente a los seres vivos por su capacidad de reproducirse, el OA difirió y concluyó que las tortugas, en tanto que se encuentran amenazadas con la extinción, pueden considerarse como *Recursos Naturales Agotables*. Argumentó que la redacción en el texto del inciso g) del Art. XX del GATT del término *Recursos Naturales Agotables* no necesariamente requiere que sean recursos no-vivos, pues éstos (los vivos) también pueden encontrarse amenazados con el agotamiento o la extinción.

Argumenta también que la negociación del GATT inició hace más de cincuenta años, y que las obligaciones requieren ser leídas bajo la luz de la evolución de los instrumentos legales

²²⁵ United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, párrafo 121.

internacionales y las preocupaciones actuales sobre conservación del ambiente. El Derecho en general no debe ser estático, sino evolutivo.²²⁶

La conexión entre el término “relativas a” y la protección a las tortugas marinas, conferida en la Sección 609, fue fácil de identificar, y el OA consideró que existía una conexión directa entre una y la otra y por tanto, que la medida cumplía con los estándares para que fuera *relativa a la protección de recursos naturales agotables*.

Extrajurisdiccionalidad. En relación al tema de la posibilidad de invocar la excepción del inciso g) del Artículo XX, sobre animales localizados fuera de la jurisdicción del Miembro que la invoque, no hubo decisión clara alguna. El OA no se pronunció respecto de los límites territoriales que implica este Artículo (o la inexistencia de los mismo), únicamente señaló que en este caso, el nexo existente entre la migración, la amenaza de extinción de las poblaciones de tortugas marinas y su presencia en Estados Unidos, era suficiente para fines de aplicabilidad del Artículo XX (g).²²⁷

Este punto es particularmente importante dentro del contexto de las políticas de mitigación del cambio climático. Algunos autores han argumentado que esta aseveración podría resultar sumamente relevante para establecer un nexo suficiente entre la política nacional de un Miembro y sus medidas correspondientes implementadas y el objetivo legítimo perseguido por ésta, la protección de un bien común, la atmósfera.

Conclusiones personales.

En mi opinión, este reporte del OA es muy significativo por la gran fuerza de sus argumentos jurídicos al reconocer la importancia de incorporar políticas ambientales dentro del marco del GATT.

El razonamiento del OA sobre los pasos lógicos a seguir para llevar a cabo la evaluación de la justificación de una medida bajo el amparo del Art. XX afirma la intención del mismo, que es balancear los demás objetivos políticos que difieren con la liberalización comercial.

²²⁶ *Ibíd.*, párrafo 128 - 130.

²²⁷ *Ibíd.*, párrafo 133.

Los enfoques del Art. XX previos a este Reporte habían fijado estándares casi virtuales para que una medida calificara como excepción, imposibles de alcanzar por lo estricto del análisis llevado a cabo. Y podía deducirse, que dentro el sistema comercial multilateral, no había ningún objetivo que fuera igual del importante que el propio de liberalización comercial.

Este reporte, particularmente en el párrafo 121 reubica los objetivos diferentes a la par de los objetivos comerciales, pues aclara que la invocación de excepciones casi generalmente implica un detrimento en los objetivos comerciales, sin que por ello las medidas implementadas dejen de calificar como excepciones. Y traslada los principios del sistema multilateral de comercio a la aplicación de dichas medidas, que idealmente deberían corresponder al objetivo por el que fueron creadas, y no a cualesquiera otros fines. Previniendo así, el mal uso de los derechos conferidos en el Art. XX.

Que el OA halla logrado aplicar las disposiciones legales e interpretarlas de acuerdo al caso sin comparar los costos/beneficios comerciales que la medida tendría para el sistema multilateral, es decir equiparando la legitimidad de los diferentes objetivos, significó un gran pasó para tanto para el derecho comercial como para el derecho ambiental, pues se halló conforme al concepto de Derecho Internacional Público.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA.

Este estudio partió de la premisa principal de que el comercio *como tal*, no es *el fin último* de la OMC. Lo es el fomento del desarrollo, elevar los niveles de vida de los Miembros.

Así, las reglas de la OMC deben ofrecer un marco que asegure predictibilidad, transparencia y la implementación justa de las medidas adoptadas por los Miembros, para alcanzar el objetivo de desarrollo. No simplemente limitar aquellas medidas restrictivas del comercio por el solo hecho de serlo.²²⁸

De esta forma, cuando en la actualidad, el concepto de desarrollo necesariamente implica **desarrollo sostenible**, resultaría fácil aseverar que aquellas medidas cuyo objetivo sea éste último, no contravienen las reglas comerciales pues comparten el mismo fin último.

Siendo así, cuando comencé a investigar y escribir, me convencía la idea de que en caso de controversia, especialmente en caso de controversias futuras relativas a cambio climático, el objetivo que debía predominar era, como se sustenta en el Principio 8 de la Declaración de Río de Janeiro, la protección ambiental. Es decir que al final, se buscara que las medidas comerciales fueran compatibles con las medidas ambientales y no al revés.

Conforme se fue desarrollando la investigación, no cambié de idea, pero que me di cuenta de que este planteamiento no era tan sencillo, pues involucraba muchos otros factores muy delicados, que anteriormente no visualicé. Ya que incluso para lograr la protección ambiental, especialmente en países menos desarrollados y en desarrollo,

²²⁸ Como se planteó a lo largo de todo el estudio. Esta idea la podemos encontrar sustentada aún en la página web oficial de la OMC www.wto.org. Cito: *La liberalización del comercio no es un fin en sí mismo: está vinculada a valores humanos y objetivos de bienestar fundamentales, consagrados en la carta fundacional de la OMC, el Acuerdo de Marrakech. Estos objetivos son, entre otros, la mejora de los niveles de vida, la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y la protección y conservación del medio ambiente.*

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/climate_intro_s.htm. Consultada el 04 de agosto de 2011.

garantizar los principios de no discriminación que velan por el desarrollo económico, es fundamental.

No quiero decir con esto que haya cambiado de idea respecto de la prioridad que tienen los objetivos de protección ambientales *legítimos* (especialmente en un momento crítico como el actual), sobre aquellos de liberalización comercial. Me refiero, a que el comercio, como medio para alcanzar la meta, que es lograr un desarrollo sostenible, debe ser igualmente salvaguardado, en aras de lograr el objetivo común, que es mejorar la calidad de vida de todos los Miembros de la OMC.

Dicho esto, plantearé las conclusiones a las que llegué:

1. **La regulación existente en materias intersectoriales que involucran tanto el derecho comercial como el derecho ambiental específicamente en cuanto a cambio climático, no es suficiente. Existen temas que son muy ambiguos en ambas materias, por ejemplo, en cuanto a las medidas permitidas o favorables para uno u otro, extraterritorialidad, soberanía, o cualquiera de los temas planteados en la presente tesis.**

Esto es así por dos razones: Porque cuando se redactó el texto del GATT de 1947 no se conocía la delicadeza e impacto que tendría el cambio climático. Y porque, como vimos a lo largo de las negociaciones de los instrumentos jurídicos internacionales sobre cambio climático, es muy difícil llegar acuerdos multilaterales vinculantes que impliquen grandes consecuencias económicas. Por tanto, no ha sido posible crear el sistema multilateral necesario donde se traten las diferencias eminentemente ambientales, como lo serán todas aquellas relativas a cambio climático. Pero tampoco existen normas dentro de la OMC que le den al cambio climático el trato delicado que merece.

2. **Una de las consecuencias más graves de esta falta de regulación, es que las medidas unilaterales para intentar resolver o mitigar esta situación se presenten cada vez más frecuentemente.**²²⁹ De este modo una multiplicidad de medidas unilaterales

²²⁹ Como casos actuales podemos encontrar:

Canadá – Ciertas Medidas que Afectan al Sector de Energías Renovables. Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm

representará para el sistema multilateral de comercio una gran variedad de medidas que podrían ser incompatibles con las normas comerciales, y sobre las cuales el OSD tenga que pronunciarse, teniendo que definir en cada una de ellas un enfoque pro o anti ambiental. Situación que políticamente será cada vez más difícil de manejar y tendrá mayores repercusiones.

3. **Es también altamente probable que esta multiplicidad de medidas unilaterales de pie a un nuevo *proteccionismo verde*, a las barreras comerciales del futuro.** Es decir que aprovechando el ímpetu de protección ambiental, se implementen medidas envueltas en un objetivo legítimo, que disfracen fines proteccionistas. Este es el tema más delicado para el sistema multilateral de comercio, por el cual el tema de las medidas ambientales se ha tratado con tanto sigilo.
4. **Ante esta ambigüedad,** el riesgo de que medidas legítimas pudieran encubrir objetivos proteccionistas y por ser temas tan delicados, **los casos de conflicto entre medidas y normas, tendrán que ser resueltos ante el Órgano de Solución de Diferencias.** Más aún, la imprecisión podría dar lugar a que con frecuencia llegaran al Órgano de Apelación. Siendo que el mecanismo de solución de diferencias es un recurso para resolver éstas, no el procedimiento a seguir para *todos* los conflictos. Así como el Órgano de Apelación es la *última instancia* del proceso, no la parte final del procedimiento. Pues llevar cada controversia a una instancia judicial, crea incertidumbre respecto de su resolución.
5. Como muestra clara de los problemas ocasionados por la ausencia de una regulación jurídica ambiental vinculante, y la pluralidad de medidas unilaterales, podemos ver la

Moldavia - Medidas que Afectan la Importación y Venta Interna de Bienes (carga ambiental). Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds421_e.htm. Y,

China - Medidas concernientes a equipos de generación de energía eólica. Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds419_e.htm.

Los primeros dos casos se encuentran ya en la etapa de Panel, aunque no se han establecido. El último se encuentra aún en la etapa de consultas.

Información obtenida de la página web de la OMC, consultada el 29 de julio de 2011.

actuación de Estados Unidos, quien a pesar de ser el Miembro con más “controversias ambientales” ante la OMC²³⁰, es el único país que no ha ratificado el Protocolo de Kyoto.

6. Por tanto, lo más conveniente para el sistema multilateral de comercio es que se acordara ya la **regulación multilateral necesaria, idealmente, dentro ámbito del derecho ambiental internacional, que encaminara los esfuerzos individuales y les otorgara un marco jurídico específico para el desarrollo de políticas.**
7. **A falta de este acuerdo vinculante, los Miembros deberían, en mi opinión, comenzar a negociar seriamente, una alternativa dentro de la regulación de la OMC** que enfocara el problema de la ambigüedad y delicadeza de las controversias intersectoriales que pudieran surgir de esta relación delicada.
8. La primera alternativa que surgió para mí antes de terminar el presente estudio realizado (planteada por primera vez en la Conferencia Ministerial de Singapur, y posteriormente abandonada por su complejidad), fue la negociación de un **Acuerdo Ambiental Multilateral que incluyera las diversas posibilidades de conflicto y desarrollara las reglas aplicables.** Pues consideré que los Acuerdos Multilaterales han logrado (hasta ahora) resolver los temas que habían presentado dificultades en el GATT de 1947. En ellos radica el éxito de la Ronda Uruguay. No obstante recordemos que, **la materia ambiental no es precisamente un tema inherente al comercio**, estas discusiones han estado ya un largo tiempo sobre la mesa, y no parecen tener posibilidades de dar resultados próximos (lo que redundaría en la complejidad de lograr acuerdos vinculantes que toquen temas tan delicados).
9. Conforme fui estudiando los casos con matiz ambiental dentro del sistema multilateral de comercio, me di cuenta, que **el verdadero problema no trata sobre si una política**

²³⁰ DS2 y DS4 (Reformulated gasoline); DS58 y DS61 (Measures affecting shrimp); DS320 (Hormones); DS381 (Measures affecting tuna) DS 419 (Wind power equipment). Información obtenida de la página web de la OMC, consultada el 29 de julio de 2011. Disponible en:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm Consultada el 04 de agosto de 2011.

ambiental que involucra medidas restrictivas del comercio es o no admisible dentro de las normas de la OMC, sino sobre la aplicación de estas medidas. Y sobre la amplia posibilidad de que éstas sean medidas proteccionistas encubiertas. Esto es así porque esta claro que la consecución de objetivos legítimos es ampliamente reconocida en el texto del GATT, especialmente dentro del Artículo XX. Es decir, las políticas ambientales legítimas, como lo serían todas aquellas relativas a la mitigación del cambio climático, no tendrían porque contravenir las normas de la OMC, siempre que no fueran medidas encubiertas con objetivos diferentes. ¿Cómo diferenciar estos objetivos encubiertos? ¿No es cierto que este problema podría resolverse con los incisos y el encabezado del Artículo XX?

10. Si y no. Es cierto que el **Artículo XX** (incorporado en el GATT desde 1947) ofrece una serie de excepciones que se encuentran exentas de las disciplinas del GATT, entre las cuales se encuentran, **el inciso b) y el inciso g)** concernientes a preocupaciones ambientales. Pero también es cierto que se han utilizado estos incisos porque son los que más se acercan a abordar los temas de protección ambiental, **no porque estos sean en realidad lo más adecuado**, pues el alcance actual de los problemas ambientales es mucho más amplio que la conservación de los recursos naturales o incluso que la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal.²³¹

11. También es cierto que los redactores del GATT en 1947 no pudieron haber previsto la magnitud ni los alcances la crisis ambiental que enfrentamos ahora, de la que es parte el cambio climático, y por tanto en ocasiones el problema rebasa el marco jurídico existente. Como resultado las políticas ambientales pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del Artículo XX, ya sea por la falta de un inciso adecuado, o por la dificultad de

²³¹ Prueba de que estos incisos no han sido lo más adecuado, es el hecho de que, en tratándose de protección ambiental, se recurra más al inciso g) que habla de la conservación de recursos naturales agotables, que al inciso b) que se refiere a la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal. Y sabemos que esto ha sido así porque, paradójicamente, resulta más fácil cumplir con los requisitos para que una medida califique como **relativa a** la conservación de recursos naturales agotables, que **necesaria para** la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal.

cumplir con los requisitos del encabezado, que la mayoría de las veces, han calificado *la aplicación* de medidas ambientales como, incompatibles con las normas de la OMC.

12. Siendo así estoy completamente de acuerdo con el autor Mitsuo Matsushita²³² cuando sostiene que el **Art. XX del GATT necesita ser enmendado, para afrontar los retos actuales en materia de medio ambiente**²³³. El autor sostiene que la OMC debería considerar la incorporación de una disposición en el artículo XX del GATT, que aborde específicamente las cuestiones ambientales. Una disposición que afirme que las medidas relativas a la protección del medio ambiente están exentas del cumplimiento de las disciplinas del GATT de 1994, sujetas a la condición de que cumplan con los requisitos establecidos en el encabezado del Artículo. Esta enmienda, supondría una aclaración, para que la ambigüedad existente pueda tratarse dentro de un marco que otorgue certidumbre, y no tenga que ser resuelta cada vez mediante una interpretación judicial diferente.

13. Así la enmienda podría efectuarse mediante la redacción un **nuevo inciso dentro del texto del Artículo XX**. El *inciso k)* dispondría que las medidas que ponen en práctica la protección ambiental o las disposiciones del Protocolo de Kyoto, estarían exentas de la aplicación de las normas del GATT de 1994. Y podría ser una muy buena solución, pues incluiría al delicado problema ambiental, exigiendo los requisitos del encabezado. Sin embargo, tiene dos problemas fundamentales:

- La falta de ratificación del Protocolo por parte de EUA, que lo excluiría tanto de invocar como de aceptar la invocación de la excepción. Dificultad fundamental, pues EUA es el país importador número uno en el mundo²³⁴.

²³² Ex-miembro del Órgano de Apelación de la OMC.

²³³ MATSUSHITA Mitsuo, Dispute Settlement and Environmental Issues, Need for Amending Article XX of the GATT of 1994, Achieving Harmony on Trade and Environment, Global Environment and Trade Study, Yale Center for Environmental Law and Policy, USA, 2003. Disponible en: <http://www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/1549.pdf> Consultada el 04 de Agosto de 2011.

²³⁴ Información obtenida de la página web de la OMC www.wto.org. Consultada el 01 de Agosto de 2011. Disponible en: <http://stat.wto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFView.aspx?Language=E&Country=US>.

- El segundo problema sería llegar a acordar la incorporación de dicha disposición al texto del GATT. Pues esta opción requeriría la adopción de una resolución para enmendar el artículo XX que requeriría el consenso de los miembros de la OMC. Consenso obviamente, muy difícil de obtener.

14. Siendo así, **otra propuesta sin duda menos efectiva, pero más fácil de lograr, sería la adopción de un “Entendimiento de interpretación respecto de la aplicabilidad de los incisos b) y g) del Artículo XX a medidas diseñadas para la implementación de disposiciones de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático”²³⁵** Mediante este Entendimiento, los Miembros acordarían una presunción para que las medidas impuestas por cualquier otro Miembro, en implementación de las disposiciones de la CMNUCC, es decir, para la mitigación o adaptación al cambio climático, cayeran dentro del ámbito de aplicación de los supuestos del inciso b) o g) del Artículo XX, tal como fuera el caso.

15. Sin embargo, esta presunción se da únicamente bajo ciertas **condiciones**, que incluyen:

- En primer lugar, que **se aplique únicamente para los Miembros Parte del Tratado sobre el que verse el entendimiento**. Como vimos anteriormente, todos los Miembros de la OMC lo son (razón por la que se elige la CMNUCC y no el Protocolo).
- En segundo lugar, que las **medidas empleadas para implementar la CMNUCC, tengan como objetivo, el objetivo de la Convención, y, que no sean arbitrarias ni discriminatorias respecto de países donde prevalezcan las mismas condiciones o condiciones similares**. Así mismo **ninguna de estas medidas deberá ser constituirse como una restricción encubierta al comercio internacional**.
- Y en tercer lugar, que este **acuerdo** entre los Miembros sería **exhortativo, es decir, no vinculante**; aunque se espera que los Miembros se atengan a estos principios y que los Paneles y miembros del OA que resuelvan las controversias en esta materia, fomenten los principios de los entendimientos.

²³⁵ Nuevamente, lo ideal sería que la referencia fuera el Protocolo de Kyoto, pero ya que EUA no ha ratificado, no sería viable la solución.

Bajo este entendimiento las medidas nacionales que cumplan con los principios incorporados en el mismo, gozarían de la presunción de que cumplen con los requisitos de los incisos (b) y (g) del Artículo XX del GATT de 1994; presunción que podría ser refutada.

16. En mi opinión, sería **fundamental que el entendimiento definiera lo que se consideraría como una medida arbitraria, una medida discriminatoria (donde prevalecen condiciones iguales o similares), y una restricción encubierta al comercio internacional.**

Pues si se tratara de alguno de los anteriores, entonces, el objetivo de protección ambiental desaparece, aplicándose únicamente las reglas comerciales. De manera que se salvaguardaran los objetivos de la OMC sin volverse herméticos frente aquellos de protección ambiental.

17. El entendimiento que incorporara lo apuntado anteriormente, podría ser promulgado mediante una **Decisión Ministerial de la OMC de acuerdo con el Artículo IX:1 del Acuerdo de Marrakech²³⁶, y de acuerdo con el Artículo XXV del GATT de 1947²³⁷.**

²³⁶ Artículo IX. Adopción de Decisiones.

1. La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947.(1) Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación. En las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General, cada Miembro de la OMC tendrá un voto. Cuando las Comunidades Europeas ejerzan su derecho de voto, tendrán un número de votos igual al número de sus Estados miembros(2) que sean Miembros de la OMC. Las decisiones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General se adoptarán por mayoría de los votos emitidos, salvo que se disponga lo contrario en el presente Acuerdo o en el Acuerdo Comercial Multilateral correspondiente.(3)

(...)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, GATT 1994, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio.

²³⁷ Artículo XXV. Acción Colectiva de las Partes Contratantes.

1. Los representantes de las partes contratantes se reunirán periódicamente para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieren una acción colectiva y, en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos. Cada vez que se menciona en él a las partes contratantes obrando colectivamente se designan con el nombre de PARTES CONTRATANTES.

2. Se invita al Secretario General de las Naciones Unidas a que se sirva convocar la primera reunión de las PARTES CONTRATANTES, que se celebrará lo más tarde el 1 de marzo de 1948.

3. Cada parte contratante tendrá derecho a un voto en todas las reuniones de las PARTES CONTRATANTES.

4. Salvo disposición en contrario del presente Acuerdo, se adoptarán las decisiones de las PARTES CONTRATANTES por mayoría de los votos emitidos.

5. En circunstancias excepcionales distintas de las previstas en otros artículos del presente Acuerdo, las PARTES CONTRATANTES podrán eximir a una parte contratante de alguna de las obligaciones impuestas por el presente

Es fácil afirmar que esta propuesta no es la mejor forma de abordar el problema de la relación comercio-cambio climático. Esta propuesta únicamente trata de sobrellevar un problema para el que parece, se buscará una solución real, sólo cuando este sea totalmente irreversible.

Sin embargo, es una acción que puede llevarse a cabo a corto o mediano plazo. Y que podría representar una contribución (aunque pequeña) a la búsqueda de una solución. La contribución del comercio internacional mediante esta propuesta a la mitigación del cambio climático dependería en gran medida, si no es que totalmente, de la interpretación que se diera a los términos de *medida arbitraria*, *medida discriminatoria* (donde prevalecen condiciones iguales o similares), y *restricción encubierta al comercio internacional*. Y de qué tanto se reconociera en estas interpretaciones, el valor del objetivo de desarrollo sustentable, y su jerarquía sobre el objetivo de liberalización comercial, que representa uno de los mejores caminos para llegar a la meta, pero no la meta en sí misma.

Acuerdo, pero a condición de que sancione esta decisión una mayoría compuesta de los dos tercios de los votos emitidos y de que esta mayoría represente más de la mitad de las partes contratantes. Por una votación análoga, las PARTES CONTRATANTES podrán también:

- i) determinar ciertas categorías de circunstancias excepcionales en las que se aplicarán otras condiciones de votación para eximir a una parte contratante de una o varias de sus obligaciones; y
- ii) prescribir los criterios necesarios para la aplicación del presente párrafo.(4)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, GATT 1994, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

BIBLIO-HEMEROGRAFÍA.

- ADLER Jonathan H., "The Precautionary Principle's Challenge to Progress", en *Global Warming and other Eco-Myths*, Ed. Prima, Estados Unidos, 2002.
- AGUILAR Soledad, "Huella de Carbono en productos y Justicia Climática: ¿Es justo que Latinoamérica pague el costo?", en *Impactos Económicos del Cambio Climático en América Latina*, Revista *Todavía* no. 24, Fundación OSDE, Argentina, 2010.
- BARROS Vicente, "El Cambio Climático Global", Centro de Estudios en Cambio Global, Libros del Zorzal, Argentina, 2004.
- BODIN Jean, "Los seis libros de la República", Ed. Tecnos, 4^{ta} Edición, España, 2006.
- BECCERRA BAUTISTA José, "Diccionario jurídico mexicano", 6a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.
- BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, MAGRAW Daniel, OLIVA Maria Julia, ORELLANA Marcos, y TUERK Elisabeth, "Environment and Trade: a Guide to WTO Jurisprudence", Ed. EARTHSCAN en asociación con el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y Desarrollo, Reino Unido, 2006.
- BODANSKY, Daniel, BRUNEE Jutta, y HEY Ellen, "International Environmental Law: Mapping the Field", en BODANSKY, BRUNEE y HEY *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2007.
- BOYLE Allan, "Relationship between International Environmental Law and other branches of International Law", en BODANSKY D., et al, *Op. cit.*,
- CHARNOVITZ Steve, "GATT and the Environment: Examining the Issues. *International Environmental Affairs*", University Press of New England, Estados Unidos, 1992.
- -----, "Trade and climate, potential conflicts and synergies", en PEW CENTER OF GLOBAL CLIMATE CHANGE, *Beyond Kyoto Advancing the International Effort Against Climate Change*, PEW Center of Global Climate Change Publications, EUA, 2003.
- CLEMENT David, LEHMAN Mathew, et al., "Internal tax Incentives for Renewable Energy: Lessons for Public Policy", preparado para Energy Foundation China Sustainable Energy Program, Centre for Resource Solutions, s/p, China, 2005.
- CONDON Bradley, "GATT Article XX and Proximity of Interest: Determining the Subject Matter of Paragraphs b and g", Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2003.
- DOWNES David R. y VAN DYKE Brennan, "Fisheries Conservations and Trade Rules: Ensuring that Trade Law Promotes Sustainable Fisheries", en Report by Greenpeace and the Centre for International Environmental Law, EUA, 1998.
- DUKGEUN Ahn, "Why Should Non-Actionable Subsidies Be Non-Actionable?", KDI School Working Paper Series, KDI School of Public Policy and Management, s/p, Corea del Sur, 2005.
- EDIVEAN Ysella, "Of Pigs and Mirrors, The breakdown of the US-China Dialogue in Tianjin", en Yale Center for Environmental Law and Policy, Yale University, Estados Unidos, 2010.

- EKINS Paul, y BARKER Terry, "Carbon Taxes and Carbon Emissions Trading", en *Issues in Environmental Economics*, Blackwell Publishing, EUA, 2002.
- ESTY Daniel, "Greening the GATT. Trade, Environment and the Future", Institute for International Economics, Estados Unidos, 2004.
- EUROPEAN COMMISSION, "Questions and Answers on the Revised EU Emissions Trading System", MEMO/08/796, 2008, pregunta número 1.
- FOXON Timothy, "Inducing Innovation for a Low-Carbon Future: drivers, barriers and policies", Reporte para The Carbon Trust, Reino Unido, 2003.
- GAINES Sanford, "The WTO's Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures", University of Houston Law Center, Estados Unidos, 2000.
- GARCÍA RUBIO Mariano, "Unilateral Measures as a means of Enforcement of WTO Recommendations and Decisions", Hague Academy of International Law, Países Bajos, 2001.
- GILES CARNERO Rosa, "La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional", Ed. Universidad de Huelva Publicaciones, España, 2003.
- GILLESPIE Alexander, "Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution, Legal Commentaries with Policy and Science Considerations", Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2006, pp. 103-104.
- GREEN Andrew, "Trade rules and climate change subsidies", *World Trade Review*, Volumen 5, Número 3, Cambridge Journals, Reino Unido, 2006
- HARVARD LAW REVIEW EDITORS, "Developments in the Law: International Environmental Law", Ed. Harvard University, Estados Unidos, 2000, pp. 1484-1489.
- HOWSE Robert, "The Appellate Body Rulings on the Shrimp/Turtle case: A new legal baseline for the trade & environment debate", en *Columbia Journal of Environmental Law*, No. 491, EUA, 2002
- HURLOCK Mathew, "The GATT, U.S. Law and the Environment: A Proposal to Amend the GATT in Light of the Tuna/Dolphin Decision", en *Columbia Law Review*, Vol. 92, número 8, EUA, 1992.
- JACKSON John H., "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington and Lee Law Review*, The School of Law, Washington and Lee University, USA, 1992.
- -----, "Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction", *European Journal on International Law (EJIL)*, Vol. 11 (2000), no. 2, 2000.
- JAMES JOSEPH, "The Tuna-Dolphin Controversy in the Eastern Pacific Ocean: Biological, Economic and Political Impacts", en *Ocean Development and International Law Journal*, Vol. 25, EUA, 1994.
- JENKS Wilfred, "The Conflict of Law Making Treaties", *British Yearbook of International Law* no. 401, Reino Unido, 1953.
- JONES, Roger N. *et al*, "Climate Change 2001: Impacts, Adaptation and Vulnerability"; Cambridge University Press, Reino Unido, 2003, pp. 3, 4 y 8.
- KAPLAN, Marcos, "Aspectos Sociopolíticos del Medo Ambiente", en *PEMEX Ambiente y Energía. Los retos del futuro.*, Ed. UNAM/UNAM, México, 1995.

- -----, “La Crisis Ambiental: Análisis y Alternativas”, Ed. IJUNAM, México, 1996.
- KLEEPER Gernot, y PETERSON Sonja, “International Trade and Competitiveness Effects, en Emission Trading Policy Briefs 6”, Proyecto CATEP, Instituto Ambiental de la Universidad de Dublín, Irlanda, 2003.
- KOLSTAD Charles D., “Environmental Economics”, Oxford University Press, Estados Unidos, 2000.
- LENARD Michel, et al, “The WTO and Disputes Involving MEA’s”, en European Energy and Environmental Law Review, Vol. 5, No. 11 Noviembre 1996, Reino Unido, 1996.
- MARLAND Gregg, et al, “Global, Regional, and National CO₂ Emissions”, en Trends: A Compendium of Data on Global Change, Carbon Dioxide Information Analysis Center (CDIAC), Oak Ridge National Laboratory, U. S. Department of Energy, Estados Unidos, 2003.
- MATSUSHITA MITSUO, “Dispute Settlement and Environmental Issues, Need for Amending Article XX of the GATT of 1994, Achieving Harmony on Trade and Environment”, Global Environment and Trade Study, Yale Center for Environmental Law and Policy, Yale University, USA, 2003.
- MERTZ Bert, OGUNALDE Davidson (directores), “Resumen del Informe Especial sobre Escenarios de Emisiones para Responsables de Políticas”, PICC, Suiza, 2009.
- MURPHY Dale D., “The Tuna-Dolphin Wars”, en Journal of World Trade Vol. 40, Número 4, Países Bajos, 2006.
- NEWELL Richard G. y WILSON Nathan E., “Technology Prices for Climate Change Mitigation”, Resources for the Future Discussion Paper, s/p, EUA, 2005.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “A Handbook on the TBT Agreement”, Secretariado de la OMC, Ginebra, 2006, p.54.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Cursos de Política Comercial”, Publicaciones OMC.
- PACHAURI Rajendra Kumar, REISINGER Andy (editores), *Resumen del Cuarto Informe para Responsables de Políticas: Climate Change 2007, Synthesis Report*, PICC, Suiza, 2007.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Declaraciones de Doha”, Publicaciones de la OMC, Secretariado de la OMC, Suiza 2003.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Entender la OMC”, Publicaciones de la OMC, Editado y publicado por la División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 4º Edición, Suiza, 2008.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos”, Publicaciones de la OMC, Ginebra, Suiza, 2003.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, Comité de Comercio y Medio Ambiente, “Matriz de las Medidas Comerciales Adoptadas en el Marco de Determinados Acuerdos Ambientales Multilaterales”, Nota de la Secretaría, Revisión 4, Mayo del 2007, documento no publicado: WT/CTE/W/160/Rev.4 TN/TE/S/5/Rev.2.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, “Trade and Climate Change Report”, WTO Publications, Suiza, 2009.

- PARRY Martin, CANZIANI Osvaldo y PALUTIKOF Jean Paul, et al (co-autoría), "Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of Intergovernmental Panel on Climate Change", Cambridge University Press, Reino Unido, 2007.
- PAUWELYN Joost, "The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?", The American Journal of International Law, Vol. 95, Estados Unidos, 2001, pp. 538 y 544.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUMA), "El Plan de Acción de Bali: Los temas principales en las negociaciones sobre el clima", Environment and Energy Group Publication, Kenia, 2008.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUMA) e Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS), "Environment and Trade: a Handbook", Canadá, 2000.
- RAGWITZ Mario y HUBER Carl, "Feed-in systems in Germany and Spain, and a Comparison", Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Researchs, Alemania, 2005.
- SALDAÑA PÉREZ Juan Manuel, "Comercio Internacional, régimen jurídico económico", 3ª ed., Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2010.
- SEARA VÁZQUEZ Modesto, "Derecho Internacional Público", 22ª edición, Porrúa, México, 2005.
- SCHRIJVER Nico y WEISS Friedl (ed.), "International Law and Sustainable Development, Principles and Practices", Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2004.
- STEENBLINK Ronald y MATSUOKA Takenori, "Facilitating Trade in selected Climate Change Mitigation Technologies in Electricity Generation and Heavy Industry Sectors", Capital COM/TAD/ENV/JWPTE, OECD, 2008.
- STERN Nicholas, "Stern Review on the Economics of Climate Change", Cambridge University Press, Reino Unido, 2006.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter, "The Law and Policy of the World Trade Organization (Text, Cases and Materials)", Ed. Cambridge University Press, Reino Unido, 2005.
- WIEL Stephen y MACMAHON James E., "Governments should implement energy-efficient standards and labels –cautiously", Revista Energy Policy vol. 31, número 13, Estados Unidos, 2003.
- WORLD BANK The, "International Trade and Climate Change. Economic, Legal and Institutional Perspectives", The International Bank for Reconstruction and Development; Washington D.C., USA, 2008.
- ZHANG Z. y BARANZANI A., "What do we know about carbon taxes? An inquiry into their impacts on competitiveness and distribution of income", Energy Policy 32, Switzerland, 2004.

Acuerdos Internacionales:

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, firmada en Viena, Austria el 23 de Mayo de 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación 14 de febrero de 1975.
- CONFERENCIA SOBRE COMERCIO Y TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947*; La Habana, Cuba; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1986.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; Marrakech, 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre la Agricultura; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo General sobre Comercio de Servicios; 15 de abril de 1994, Ginebra Suiza; publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Conferencia Ministerial de la OMC, Singapur, 1996. WT/MIN(96)/DEC Adoptada el 13 de diciembre de 1996.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, EUA, el 26 de junio de 1945; entrada en vigor internacional el 24 de octubre de 1945.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; New York, E.U.A; 9 de mayo de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1993.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Protocolo de Kyoto; Kyoto, Japón 11 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de noviembre del 2000.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Acuerdo de Copenhague, Copenhague, Dinamarca, diciembre de 2009, quinceava Conferencia de las Partes de la CMNUCC y quinta del Protocolo de Kyoto.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Consideración de los compromisos de las Partes incluidas en el Anexo I de la Convención en virtud del artículo 3, párrafo 9, del Protocolo de Kyoto, Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, en su primer período de sesiones Decisión -/CMP.1.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Diálogo sobre la acción cooperativa a largo plazo para abordar el cambio climático a partir de una mejor aplicación de la Convención, Conferencia de las Partes onceavo período de sesiones Decisión -/CMP.11.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Resolution 1/CP.6. Solidarity with Southern African countries, particularly with Mozambique.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa De Ozono*; 16 de septiembre de 1987, Organización de Aviación Civil Internacional, Montreal, Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1988.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, 3 al 14 de junio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convenio sobre la Diversidad Biológica*; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 5 de junio de 1992, Río de Janeiro, Brasil, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1993.

Lista de Controversias citadas:

- Estados Unidos – Restricciones a la Importación de Atún (1991- Informe no adoptado) 30 ILM 1598 (1991), GATT DS21/R UNITED STATES – Restrictions on Imports of Tuna. Reporte del Panel (no adoptado).
- Japón - Bebidas Alcohólicas. Japan – Taxes on Alcoholic Beverages. Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996.
- Estados Unidos – Gasolina Reformulada. USA – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, and Panel Report as modified by Appellate Body Report, WT/DS2/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.
- Estados Unidos – Camarón. USA - Import Prohibition of Shrimp and Shrimp Products. Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, and Panel Report as modified by Appellate Body Report, WT/DS58/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.
- Unión Europea – Biotecnología. European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Panel Report, WT/DS291/R. Controversia resuelta de mutuo acuerdo el 15 de Julio de 2009.
- Unión Europea – Asbestos. European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, Appellate Body Report WT/DS135/AB/R, and Panel Report as modified by Appellate Body Report (WT/DS135/R, adoptado el 5 de abril del 2001.

Bibliografía Electrónica:

- Página electrónica de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente: <http://unfccc.int/2860.php>
- Página electrónica de la Organización Mundial del Comercio (OMC): <http://www.wto.org/>
- Página electrónica del Instituto Nacional de Ecología: <http://www.ine.gob.mx/>
- Página electrónica del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (PICC): <http://www.ipcc.ch/>
- Pagina electrónica del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA): <http://www.pnuma.org/>
- Página electrónica de la Secretaría del Ozono: <http://www.unep.org/ozone/spanish/>
- Página electrónica de la Organización Latinoamericana de la Energía: <http://www.olade.org>

- Página electrónica de la Organización Americana de Manufactureros de Motores (OEM): www.biodiesel.org
- Página electrónica del Consejo Mundial de la Energía www.worldenergy.org
- Página electrónica del Consejo de Construcción Verde de Estados Unidos, US Green Building Council: www.usgbc.org
- Página electrónica del Departamento de Energía de EUA, sección de Eficiencia Energética y Energía Renovable: www.eere.energy.gov.
- Página electrónica de la Revista European Journal of International Law: <http://www.ejil.org>.
- Página electrónica de la Revista Harvard International Law Journal: <http://www.harvardilj.org>.