

CAPÍTULO II. Las medidas comerciales en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente	35
I. Las medidas comerciales y la protección ambiental	36
1. Las externalidades producidas por el comercio	36
2. Las medidas comerciales en la protección del medio ambiente: clases	38
3. Formas que pueden adoptar las medidas comerciales ambientales	42
II. Las medidas comerciales ambientales multilaterales	44
1. Las medidas comerciales ambientales adoptadas en un marco multilateral	45
2. Las medidas comerciales unilaterales adoptadas para apoyar los objetivos de un acuerdo multilateral de protección del medio ambiente.	49
III. Las funciones, eficacia y legalidad de las medidas comerciales multilaterales ambientales.	50
1. Las funciones de las medidas comerciales multilaterales ambientales.	51
2. La eficacia de las medidas comerciales multilaterales	55
3. La legalidad de las medidas comerciales multilaterales en el derecho internacional general	60

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS COMERCIALES EN LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

Las medidas comerciales han sido utilizadas para proteger el medio ambiente desde el siglo XIX.¹ No es pues extraño que algunos Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) las utilicen para lograr sus objetivos. La Organización Mundial del Comercio (OMC) ha identificado más de 25 AMUMA que contemplan o tienen el potencial de adoptar medidas de este tipo.² El impacto ambiental de las actividades económicas, de las que forma parte el comercio internacional, es el motivo que explica que cada vez con más frecuencia los AMUMA recurran al uso de instrumentos de mercado para alcanzar sus metas ambientales.³

El objetivo de este capítulo es analizar el funcionamiento de las medidas comerciales previstas en los AMUMA. Para tal efecto, en primer lugar, se estudian las externalidades ambientales estimuladas por el comercio, las medidas comerciales como instrumento de protección del medio ambiente y las distintas formas que pueden adoptar. En segundo lugar, se estudian las medidas comerciales de protección ambiental desde su principal criterio de clasificación, aquél que las divide en multilaterales y

¹ Por ejemplo, en 1877 Gran Bretaña autorizó restricciones a la importación de patatas y otros vegetales que pudieran introducir a su territorio el escarabajo rojo. Véase Charnovitz, S., "A Taxonomy of Environmental Trade Measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6, invierno de 1996, p. 17.

² Véase Matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados AMUMA. OMC. Doc. WT/CTE/W/160 Rev.1 Anexo 14 de julio de 2001. La secretaría se propone actualizar periódicamente la matriz. La actualización más reciente puede encontrarse en OMC. Doc. WT/CTE/W/160/Rev.3 del 16 de febrero de 2005.

³ Bothe, M., "Le droit de l'environnement: sa voie de développement entre écologie et économie", en Bothe, M. y Sand, P. H. (eds.), *La politique de l'environnement: De la réglementation aux instruments économiques*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 46.

unilaterales. Este capítulo concluye con un análisis sobre la función, eficacia y algunos aspectos relacionados con la legalidad de las medidas comerciales multilaterales conforme al derecho internacional público.

I. LAS MEDIDAS COMERCIALES Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

La teoría de la economía ambiental interpreta la degradación ambiental como “un fallo del mercado” que se produce cuando el sistema de precios no refleja el deterioro del medio ambiente, o lo que es lo mismo, la escasez de recursos o la contaminación que la producción de un bien genera.⁴ Como observa E. U. Petersmann, los recursos naturales tienden a ser explotados excesivamente si sus precios en el mercado no reflejan su escasez y sus costos sociales.⁵ Para corregir este fallo de mercado es preciso que los costes ambientales sean internalizados; es decir, que sean absorbidos por el productor y reflejados en los precios.⁶ Por el contrario, cuando los costes ambientales no son internalizados, se produce una externalidad.⁷

1. *Las externalidades producidas por el comercio*

Aunque el comercio en sí mismo no produce contaminación ambiental directa más allá de la que genera el transporte de las mercancías, al aportar mercado y demanda —más vendedores y compradores— puede estimular ciertas actividades que están relacionadas con alguna forma de

⁴ Dasgupta, P. S., “The Environment as a Commodity”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 6, 1990, pp. 51-67; Bothe, M., *op. cit.*, nota 3, p. 62.

⁵ Petersman, E. U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 11.

⁶ El principio 16 de la Declaración de Río promueve el principio de quien contamina paga y la internalización advierte que, el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de contaminación. Véase Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del 14 de junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). Dicho principio tiene su origen en una propuesta del Consejo de la OECD. Véase OECD: *Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, París, Organization of Economic Cooperation and Development, mayo de 1972. Council Document núm. C(72)128.

⁷ Ford, C., *Freer Trade, Protected Environment [Balancing Trade Liberalisation and Environmental Interests]*, Nueva York, Council on Foreign Relations Press, 1994, p. 24.

degradación ambiental, o si se prefiere, de externalidades.⁸ Estas externalidades pueden ser relativas al consumo o la producción.

A. *Externalidades del consumo*

Cuando los procesos o métodos de producción afectan a las características de un producto hasta el grado de que su uso, manipulación o eliminación daña al medio ambiente sin reflejarlo en los costos, se dice que se trata de un proceso o método de producción relacionado con el producto que origina una externalidad del consumo.⁹ En los casos en que un producto de tales características es objeto de comercio se puede producir un daño ambiental en el país en el que sea consumido (usado, manipulado o eliminado).¹⁰ Éste sería el caso de la exportación de residuos tóxicos que, salvo casos especiales, en los que el país receptor cuenta con un sistema de aislamiento de las sustancias del contacto humano y del medio ambiente, afectarían el medio natural en cualquier parte a la que sean trasladados.

B. *Externalidades de la producción*

Cuando el proceso o método de producción no afecta las características de un producto y es el proceso mismo, no la mercancía, la que genera un daño al medio ambiente sin que se refleje en los costos, se dice que se trata de un proceso o método de producción no relacionado con los productos que origina una externalidad en la producción.¹¹ Por lo general, los daños son producidos por la emisión de partículas contaminantes al aire, agua y suelo de la primera etapa de elaboración de los productos. Éste sería el caso de una empresa que no trata las aguas residuales de sus procesos productivos antes de liberarlas al cauce de un río, contaminando la calidad del agua y poniendo en peligro la flora y la fauna de la re-

⁸ PNUMA/IISD, *Manual de comercio y medio ambiente*, Winnipeg, Canadá, Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, 2005. <http://www.iisd.org/trade/handbook>, p. 2.

⁹ Organization for Economic Co-operation and Development, *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-Based Trade Measures*, OECD Doc. OCDE/GD(97)137 11, agosto de 1997, p. 11, [http://www.oilis.oecd.org/oilis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd\(97\)137](http://www.oilis.oecd.org/oilis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd(97)137).

¹⁰ PNUMA/IISD, *op. cit.*, nota 8, p. 40.

¹¹ *Ibidem*, pp. 48-50.

gión. En el ejemplo, el producto elaborado por la empresa en sí mismo puede no dañar al medio ambiente, sin embargo su proceso productivo sí. Aunque en muchos casos los procesos productivos causarán daños únicamente en detrimento del medio ambiente del Estado en que se ubique la planta productiva, la indivisibilidad de los ecosistemas permite que los agentes contaminantes puedan ser transportados por el agua o el aire causando daños ambientales fuera de la jurisdicción de dicho Estado.¹² De este modo, pueden resultar afectadas áreas totalmente bajo la jurisdicción de otro Estado, áreas sin asignación comunes de todos los Estados, como los océanos, o áreas verdaderamente comunes, como la atmósfera o el espacio. El comercio puede hacer que estos productos lleguen a un número mayor de consumidores, lo que a su vez se traduce en un mayor impacto para el medio ambiente.¹³ Las medidas comerciales pueden ser un instrumento para evitar las externalidades relacionadas con alguna actividad comercial, ya que pueden eliminar el mercado y demanda de productos con impactos ambientales negativos.

2. *Las medidas comerciales en la protección del medio ambiente: clases*

El término “medida comercial” se refiere a cualquier instrumento que imponga requisitos, condiciones o restricciones a los productos importados o exportados o a sus procesos de importación o exportación.¹⁴ Cuando las restricciones comerciales son aplicadas para proteger el medio ambiente o, lo que es lo mismo, para reducir o eliminar las externalidades ambientales, se dice que se trata de una medida comercial con fines ambientales o una medida comercial ambiental.¹⁵ Las restricciones al

¹² Los riesgos ambientales pueden surgir por las actividades de nacionales extranjeros, que bien pueden ser llevadas a cabo dentro del territorio del Estado del que son nacionales o en regiones internacionales fuera de su jurisdicción.

¹³ PNUMA/IISD, *op. cit.*, nota 8, p. 2.

¹⁴ Lang, W., “Les mesures commerciales au service de la protection de l’environnement”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 99, núm. 3, 1995, pp. 545 y 546.

¹⁵ OECD, *Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l’environnement. Rapport de synthPse sur trois études de cas*, OECD Working Papers, vol. VII, núm. 12, París, 1999. OECD Doc. COM/ENV/TD (98) 127/FINAL, p. 11; Osakwe, C., “Finding New Packages of Acceptable Combinations of Trade and Positive Measures to Improve the Efectivness of MEAs: A General Framework”, en Fijalkowski,

comercio pueden servir para eliminar las motivaciones económicas que están detrás de las actividades productivas que dañan, directa o indirectamente, al medio ambiente.¹⁶ Adicionalmente, como veremos más adelante, las restricciones comerciales no sólo pueden impedir que la producción y consumo de bienes ambientalmente nocivos aumente, también pueden servir para inducir a otros países a cooperar con las políticas ambientales.¹⁷ Las medidas comerciales aplicadas para proteger el medio ambiente pueden ser de dos clases: unilaterales o multilaterales.

A. *Las medidas comerciales unilaterales de protección ambiental*

Una medida comercial ambiental unilateral se define como “una restricción comercial adoptada por un Estado sin la cooperación, consentimiento de otros Estados o institución internacional, para asegurar el logro de objetivos ambientales definidos por sus procesos políticos domésticos”.¹⁸ De este modo, la ausencia de consenso internacional es lo que caracteriza a las medidas unilaterales ambientales. Este tipo de medidas pueden ser un instrumento útil para la protección del medio ambiente, sin embargo, su carácter unilateral se presta a que sean utilizadas para proteger a los productores nacionales bajo una falsa preocupación por el medio ambiente y, por lo tanto, son especialmente temidas desde el régi-

A. y Cameron, J., *Trade and Environment: Bridging the Gap*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1998, p. 49.

¹⁶ Hudec, R., “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices”, en Bhagwati, J. y Hudec, R. (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 115.

¹⁷ Véase Blackhurst, R., y Subramanian, A., “Fomento de la cooperación multilateral en materia del medio ambiente”, en Anderson, K. y Blackhurst, R. (eds.), *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid, Ediciones Mindi-Prensa, 1992, pp. 292 y 293; Chang, H., “An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, núm. 6, julio de 1995, pp. 2131-2209.

¹⁸ B. Anderson, “Unilateral Trade Measures and the Environmental Protection Policy”, *Temple Law Review*, vol. 66, núm. 3, otoño de 1993, p. 754; Elizalde, M. A., “La legalidad de las medidas comerciales unilaterales para proteger el medio ambiente en el Sistema Multilateral del Comercio”, *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, vol. 6, núm. 67, 2004, pp. 29-42; Bilder, B., “The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1981, vol. 14, núm.1, p. 53.

men del comercio internacional.¹⁹ Las medidas comerciales proteccionistas perjudican las opciones de desarrollo de los países más pobres, ya que les impide aprovechar económicamente las ventajas que el medio natural les concede comparativamente frente a otros países. Siendo la pobreza uno de los principales obstáculos para la protección del medio ambiente, podemos decir que las restricciones comerciales que carecen de una auténtica motivación ambiental tampoco benefician al medio ambiente.²⁰ Por esta razón, el Principio 12 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río) establece una preferencia por las medidas comerciales basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales internacionales.²¹ No obstante, si el consenso internacional no se logra, las medidas unilaterales pueden ser necesarias para la protección del medio ambiente.²² El principio 12 de la Declaración de Río así lo reconoce pues establece simplemente una preferencia, obviamente no obligatoria, por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales. Esto quiere decir que las medidas unilaterales aún tendrán una función que cumplir en la protección del medio ambiente, siempre que se adopten por motivos auténticamente ambientales.

B. Las medidas comerciales multilaterales de protección ambiental

Las medidas comerciales multilaterales de protección ambiental son aquéllas que resultan del consenso internacional enmarcado en un acuer-

¹⁹ Elizalde, M. A., *La relación de las medidas comerciales unilaterales para la protección del medio ambiente con el Sistema Multilateral del Comercio*, trabajo de investigación realizado en el marco del programa de Doctorado en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, febrero de 2002.

²⁰ Véase *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, t. II, Madrid, MOPT, 1992, capítulo 39, inciso *d* y párrafo 2.19

²¹ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, del 14 de junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

²² Véase Fox, S. T., "Responding to Climate Change: The Case for Unilateral Trade Measures to Protect the Global Atmosphere", *The Georgetown Law Journal*, vol. 84, núm. 7, julio de 1996, pp. 2499-2542; Martínez, E. J., *El desarrollo sostenible como justificación de las acciones unilaterales para la conservación de los recursos marinos*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2004, pp. 23-27; Elizalde, M. A., *op. cit.*, nota 19, pp. 45 y ss.

do multilateral sobre el medio ambiente (AMUMA) o en acuerdos internacionales que, a pesar de no regular al medio ambiente de forma directa, contienen medidas comerciales de conservación.²³ En otras palabras, las medidas comerciales adoptadas por un Estado en cumplimiento de una obligación consignada en un acuerdo multilateral que protege, directa o indirectamente, el medio ambiente se consideran medidas comerciales multilaterales de protección ambiental. Para que una medida sea multilateral no es necesario, pues, que diversos Estados adopten una medida de forma simultánea, bastará que la medida esté basada en el consenso internacional formalizado jurídicamente en un acuerdo multilateral de protección ambiental aunque tal medida sea adoptada sólo por un Estado. Este tipo de acuerdos multilaterales pueden tener carácter *self-executing* o requerir de la implementación por parte de los Estados interesados.²⁴

Las medidas multilaterales son preferidas a las unilaterales para hacer frente a los problemas del medio ambiente que afectan a más de un Estado por que tienen a su favor la presunción de que los objetivos que persiguen son auténticamente ambientales. Esto permite dejar de lado la idea de que tras la restricción comercial pueden subyacer motivaciones proteccionistas.

Antes de analizar a las medidas comerciales multilaterales de protección ambiental, conviene mencionar las formas que en general pueden adoptar las medidas comerciales de protección ambiental.

²³ Demaret, P., "TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT", en Cameron, J.; Demaret, P. y Gerardin, D. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, vol. I, Londres, Cameron May Ltd., 1994, p. 52.

²⁴ Las disposiciones de los tratados internacionales pueden o no ser directamente aplicables. En el caso de que las normas sean directamente aplicables (*self executing*) no requieren de implementación para hacerse efectivas. Por implementación debemos entender la promulgación de legislación interna o la adopción de las medidas administrativas necesarias para que las obligaciones internacionales que no sean directamente aplicables (*non self executing*), puedan ser efectivas en el derecho nacional de los Estados vinculados a la norma internacional. No obstante, es importante decir que la noción de *implementación* en el derecho internacional del medio ambiente puede variar dependiendo de los autores que se lea. Para un análisis de las distintas posiciones en torno a la noción de implementación véase Rodrigo, Á., "Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente", *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, pp. 169 y ss.

3. *Formas que pueden adoptar las medidas comerciales ambientales*

Siguiendo a Charnovitz podemos decir que las medidas comerciales de protección ambiental adoptan las siguientes formas: estándares —tanto los aplicados a los productos como a los procesos—, impuestos y aranceles, restricciones a la importación y a la exportación, sanciones o condicionalidad al comercio.²⁵

Los estándares son regulaciones nacionales que, cuando se aplican a los productos, regulan su venta y transporte domésticos o, cuando se aplican a los procesos, regulan la producción de la mercancía.²⁶ El que una ley nacional exija a los productos, nacionales e importados, a la venta en su territorio un porcentaje de composición de material reciclable es un ejemplo de estándar a los productos. Una ley nacional que prohíba la venta de leche y productos derivados de ganado que no hayan sido sometidos a inspección veterinaria en un año es un ejemplo de estándar aplicado a los procesos, pues se centra en proceso del producto y no en el producto considerado en sí mismo.²⁷

Los impuestos y los aranceles imponen cargas económicas al comercio. Por ejemplo, un impuesto más elevado a la cerveza en latas de aluminio que a la que es presentada en recipientes de vidrio para promover el reciclaje y limitar la producción de desperdicios. Cuando un gravamen fiscal (impuesto) se aplica sólo a las importaciones se le llama arancel. Los im-

²⁵ S. Charnovitz incluye en la categoría de medidas comerciales de protección ambiental a los subsidios que se otorgan para que las empresas hagan frente a los costos de adaptación a nuevas regulaciones ambientales, o para promover la conservación o el desarrollo de tecnologías ecológicas, pues considera que pueden distorsionar el comercio. Sin embargo, como el mismo autor reconoce, los subsidios no son técnicamente medidas comerciales sino regulaciones domésticas. Charnovitz, S., “The Environment vs. Trade Rules: Defogging the Debate”, *Environmental Law*, vol. 23, 1993, p. 490.

²⁶ *Ibidem*, pp. 490 y 491.

²⁷ Cabe mencionar que las *ecoetiquetas* a pesar de ser programas voluntarios, una vez adquieren fuerza vinculante al ser adoptados por un gobierno a través de una legislación, entran en la categoría de estándares a la producción o proceso, según el criterio utilizado para conceder la etiqueta. Las *ecoetiquetas* dan a conocer al público los productos en cuya elaboración el medio ambiente ha sido respetado, inhibiendo el consumo de productos que tienen efectos negativos en el medio ambiente. Nadai, A. y Morel, B. “Product Ecolabelling, Competition and the Environment”, *Economics Energy Environment (Working Paper)*, Milán, Fondazione Eni Enrico Mattei, 2000, p. 1.

puestos y los aranceles pueden aplicarse a los productos ambientalmente nocivos o a los procesos de producción que dañan al medio ambiente.

Las restricciones a la importación o a la exportación son producto de leyes que regulan específicamente el comercio internacional. Las restricciones comerciales pueden ser condicionales, totales o parciales y ser aplicables a los productos o a los procesos. Las certificaciones y los sistemas de licencias de exportación o importación son un ejemplo de restricciones comerciales condicionales. Los gobiernos condicionan el otorgamiento de un certificado o licencias de importación o exportación al cumplimiento de una serie de criterios relacionados con la protección del medio ambiente.²⁸ Por otro lado, las restricciones comerciales son parciales cuando adoptan la forma de cuotas de importación o exportación, es decir, cuando establecen límites cuantitativos a los volúmenes de mercancías que pueden ser importados o exportados. Las restricciones comerciales también pueden ser totales, es decir, prohibiciones a la importación o exportación. Las restricciones totales a la importación prohíben la entrada al mercado de productos que dañan al medio ambiente o que son producidos de forma ambientalmente perjudicial.²⁹ La prohibición a la importación de material radioactivo ejemplifica la restricción a la importación de un producto. La prohibición a la importación de pieles de animales cazados de forma inhumana es un ejemplo de restricción a la importación dirigida a los procesos de producción, elaboración o captura. Las restricciones a la exportación prohíben la exportación de ciertos bienes para proteger el medio ambiente. Por ejemplo, la prohibición de exportar especies en peligro de extinción.³⁰ La diferencia entre los estándares y las restricciones a la importación o exportación es que los primeros se aplican tanto a los bienes nacionales como a las importaciones, mientras que los segundos, según el tipo de restricción, se aplicarán sólo a las importaciones o a las exportaciones.

²⁸ Por ejemplo, entre los países parte en la Convención Internacional de Protección fitosanitaria, un sistema de certificaciones es uno de los instrumentos utilizados para facilitar el comercio sin riesgos ambientales de plantas o productos vegetales. Véase artículo 5o. de la Convención según enmienda de 1997, *www.ippc.int*.

²⁹ Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 1, p. 4.

³⁰ El Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora silvestres —CITES por sus siglas en inglés—, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973, utiliza, entre otros medios de protección, la prohibición a la exportación de especies protegidas (*BOE*, 30 de julio de 1986, núm. 181).

Cuando las prohibiciones comerciales se aplican a productos no relacionados con el elemento ambiental que se desea proteger, se dice que la medida comercial es una sanción.³¹ Una sanción comercial ambiental sería, por ejemplo, una prohibición a la importación de azúcar como medio de coerción para lograr que el país exportador proteja una especie en extinción dentro de su territorio. En algunos casos, bastará que la medida comercial se relacione con el producto, aunque no lo regule directamente, para que sea considerada una restricción y no una sanción. Una prohibición a la importación de zapatos de piel de cocodrilo será una restricción si lo que se desea proteger son los cocodrilos. Sin embargo, habrá ocasiones en que esta relación sea poco clara y será complicado saber si se trata de restricción o de una sanción.³²

Por último, la condicionalidad de mercado como medida comercial ambiental se basa en la facultad reconocida a las partes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) sobre la concesión de tarifas preferenciales no recíprocas a los países menos desarrollados.³³ La idea es condicionar la concesión de preferencias a los países que logren ciertos objetivos ambientales.³⁴

II. LAS MEDIDAS COMERCIALES AMBIENTALES MULTILATERALES

Como ya hemos mencionado, las medidas comerciales de protección ambiental serán multilaterales si se adoptan en el contexto de un AMUMA o en acuerdos internacionales que, a pesar de no regular al medio ambiente de forma directa, contienen medidas comerciales de conservación.³⁵ El Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres, adoptado en Washington en 1973

³¹ Para un estudio detallado de las sanciones comerciales ambientales véase Charnovitz, S., "Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices", *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, primavera de 1994, pp. 751-807.

³² Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 1, p. 4.

³³ Véase *Decisión de trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo*. GATT Doc. L/4903 LT/TR/D/1 (12/04/1979).

³⁴ Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 25, p. 492.

³⁵ Demaret, P., *op. cit.*, nota 23, p. 52.

(CITES por sus siglas en inglés), es el ejemplo clásico de AMUMA con medidas comerciales.³⁶ El convenio regula el comercio de especies amenazadas restringiendo los permisos de importación y exportación (artículo II). La concesión de permisos depende del grado de amenaza que pesa sobre cada especie, para tal efecto utiliza un sistema de tres Apéndices. El Apéndice I para las especies amenazadas de extinción, cuyo comercio está prohibido salvo casos excepcionales (artículo III). El Apéndice II contiene especies que serían amenazadas si no hubiera regulación al comercio (artículo IV). El Apéndice III permite a los países señalar especies que desean proteger por medio del control comercial con la ayuda de otras partes en el convenio.

A continuación nos ocuparemos de enumerar los distintos tipos de medidas comerciales que pueden ser adoptadas en el contexto de un AMUMA. Para evitar posibles confusiones debemos iniciar diciendo que, pese a que la distinción entre las medidas multilaterales y unilaterales de protección ambiental conceptualmente es clara, en la práctica, no siempre es sencillo establecer esta diferencia, pues no es fácil apreciar qué medidas son producto de la cooperación internacional y cuáles de la política unilateral de un Estado.³⁷ Esto se debe a que, incluso la aplicación de medidas comerciales en el marco de un AMUMA pueden tener algún tinte de unilateralismo, lo que complica la separación entre lo que es multilateral o unilateral.³⁸

1. *Las medidas comerciales ambientales adoptadas en un marco multilateral*

Un AMUMA puede contener medidas comerciales ambientales específicas, es decir, restricciones comerciales textuales, también medidas comerciales ambientales autorizadas³⁹ pero no identificadas o bien medidas comerciales ambientales que no están especificadas o autorizadas pe-

³⁶ CITES (BOE, 30 de julio de 1986, núm. 181).

³⁷ Demaret, P., *op. cit.*, nota 23, p. 59.

³⁸ Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 1, p. 3.

³⁹ Como apunta Charnovitz, en estricto sentido es más correcto decir que los AMUMA reconocen el derecho de los Estados a aplicar medidas comerciales ambientales, en lugar de decir que otorgan una autorización. Sin embargo, ya que la mayor parte de la doctrina utiliza el término *autorización*, para evitar confusiones es el aplicado a este estudio.

ro que las partes en el acuerdo pueden adoptar por medio de decisiones de sus órganos administrativos. El grado de multilateralismo entre estas medidas puede variar.

A. *Las medidas comerciales ambientales específicas*

Las medidas comerciales de protección ambiental específicas son aquellas restricciones al comercio expresamente requeridas por un AMUMA. Las medidas multilaterales puras caen dentro de esta categoría pero sólo si se aplican entre Estados parte en el Convenio que explícitamente requiere de la aplicación de la medida. Este sería el caso por ejemplo, si entre dos Estados partes en CITES se aplicará una restricción a la importación de especies protegidas en el Apéndice I del Convenio. En este supuesto, tanto la prohibición a la importación como la especie protegida en el Apéndice I, cuentan con la aprobación del Estado que aplica la medida y de aquél al que le es impuesta. De este modo, la medida es específica, ya que CITES requiere la aplicación de la restricción para lograr sus objetivos de protección y, es multilateral porque está basada en el acuerdo de los países partes en CITES. Ahora bien, si la misma medida es aplicada a un Estado que no es parte en CITES se convierte en una medida unilateral desde el punto de vista de este último.⁴⁰

Algunos autores sugieren que la mera existencia de un AMUMA dota a las medidas comerciales ambientales de carácter multilateral aunque se apliquen a un Estado que no es parte en el convenio. Esta afirmación es correcta si el acuerdo ambiental que está detrás de la restricción comercial es producto o reflejo del consenso internacional, permitiendo así legitimar la medida en nombre del bienestar común internacional.⁴¹ Afirmar lo contrario equivaldría a decir que un Estado unilateralmente podría imponer su voluntad de no respetar el medio ambiente por encima de la voluntad común de la comunidad internacional de protegerlo. De este modo, más

⁴⁰ El artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) (BOE, 13 de junio de 1980, núm. 142) textualmente dispone: "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento".

⁴¹ Adicionalmente, la práctica generalizada y el consenso internacional sobre la obligatoriedad de las normas de un AMUMA podrían dar lugar al reconocimiento de las normas creadas por el tratado como derecho internacional consuetudinario, dotando de obligatoriedad a las disposiciones incluso frente a los Estados que no partes en el mismo, salvo que éste hubiera manifestado su oposición al nacimiento de la norma consuetudinaria en cuyo caso, la obligación no le sería oponible. *Ibidem*, artículo 38.

allá de la posición tradicionalista de considerar multilateral aquellos tratados que tienen más de dos partes contratantes, el problema para evaluar el grado de multilateralismo en este caso se traslada a determinar cuándo el acuerdo ambiental es producto o reflejo del consenso internacional.⁴² De momento no hay una respuesta a esta interrogante, aunque es probable que los trabajos que actualmente realiza el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC (CCMA), si logran alcanzar un acuerdo sobre la definición de AMUMA, aportarían cierta luz a esta cuestión.⁴³

B. Las medidas comerciales ambientales autorizadas pero no identificadas

Algunos AMUMA reconocen el derecho de sus partes contratantes a adoptar medidas comerciales sin especificar un tipo en concreto. Por ejemplo, CITES reconoce el derecho de los Estados parte a aplicar medidas más restrictivas en el cumplimiento de sus objetivos, sin especificar a qué tipo de medidas se refiere cuando dice medidas más restrictivas.⁴⁴ La posibilidad de elegir las medidas comerciales ambientales sin requerir el consentimiento de otros Estados implica por lo menos un cierto grado de unilateralismo que puede generar algunos conflictos, incluso entre partes contratantes de CITES. Este sería el caso de que un Estado decidiera aplicar una medida comercial más restrictiva a una especie ubicada en otro Estado, que la que este último da a la misma especie. El Estado exportador percibirá esta medida como una restricción unilateral del Estado

⁴² Véase *Relations entre les règles de l'OMC et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les Accords Environnementaux Multilatéraux (Communication du Japon)*, OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

⁴³ Los siguientes criterios han sido propuestos: *a)* que tenga objetivos medioambientales; *b)* que este abierto a la participación de todos Estados de la Comunidad internacional; *c)* que sean documentos jurídicamente vinculantes (en vigor o debidamente firmados y ratificados pero que aún no están en vigor); *d)* con participación de tres partes como mínimo, incluyendo los acuerdos regionales, y con la participación de un número considerable de países que refleje los intereses de las principales partes en cuestión, a saber, partes con intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de las mercancías afectadas; *e)* que estén negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o del PNUMA. Para la propuesta de definición de AMUMA de la UE, véase OMC Doc. (TN/TE/W/1) 21/03/2002. Para la propuesta de Argentina. OMC Doc. (TN/TE/W/2) 23/05/2002. Para la propuesta de Japón OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

⁴⁴ Artículo XIV de la CITES.

importador, toda vez que la medida no se discutió en un foro internacional y no está sujeta a control de ninguna autoridad internacional.⁴⁵

Hay que decir que en casos como este el nivel de unilateralismo cae en el nivel mínimo, pues si bien es cierto que el país exportador no consintió individualmente la medida elegida por el Estado importador, sí consintió en otorgar la libertad a este último para que realizara unilateralmente la elección de la medida.

C. Las medidas comerciales ambientales adoptadas por recomendación de órganos de gestión de los AMUMA

En algunos casos, los Estados parte en un AMUMA adoptan medidas comerciales por recomendación de los órganos de gestión. Por ejemplo, en el contexto del mecanismo para el examen del cumplimiento del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, por recomendación del Comité de Aplicación y en atención al incumplimiento de las obligaciones asumidas por Rusia, la Conferencia de las Partes autorizó la aplicación de restricciones a la importación de productos que tuvieran sustancias controladas por el acuerdo y que provinieran del Estado incumplidor.⁴⁶

También se han adoptado medidas comerciales por recomendación de los órganos de gestión en el contexto de un AMUMA pese a que éste no autoriza o menciona la posibilidad de recurrir al uso dichas medidas. Por ejemplo, la Comisión Ballenera Internacional ha solicitado a sus miembros que apliquen restricciones comerciales a ciertos productos y equipos utilizados para la caza de la ballena, a pesar de que el Convenio internacional para la regulación de la pesca de la ballena no contiene medidas comerciales específicas.⁴⁷ La adopción de medidas comerciales en este contexto presenta cuestiones de legalidad estrechamente relacionadas al grado de multilateralismo de la medida. Aunque la legalidad de es-

⁴⁵ Demaret, P., *op. cit.*, nota 23, p. 56.

⁴⁶ *Cfr.* la decisión VII/8 del 27 de diciembre de 1995 (UNEP/OzL.Pro.7/12). Para un análisis de los mecanismos de examen del cumplimiento en los AMUMA véase Rodrigo, Á., *op. cit.*, nota 24, pp. 185-210.

⁴⁷ International Whaling Commission, 29th Annual Meeting, *Prevention of Importation of Whale Products, International Whaling Commission Resolution, Appendix 7* (1978). *Cfr.* el Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, Washington, 2 de diciembre de 1946, <http://www.iwcoffice.org/>.

tas medidas es difícil de determinar,⁴⁸ cualquier intento para realizar juicios en ese sentido tiene que, por un lado, considerar los derechos de los gobiernos disidentes y, por otro lado, si las decisiones pueden considerarse el equivalente a una reforma del acuerdo. Como apunta R. Hudec, mientras mayor sea el peso de los derechos de los disidentes el grado de unilateralismo de las medidas comerciales ambientales aumentará, mientras que si las decisiones tienen el valor jurídico de una reforma disminuirán.⁴⁹ El problema es que la mayoría de los acuerdos no contienen disposiciones claras sobre estos temas.

2. *Las medidas comerciales unilaterales adoptadas para apoyar los objetivos de un acuerdo multilateral de protección del medio ambiente*

Existe la posibilidad de que un Estado adopte medidas comerciales ambientales para apoyar el logro de los objetivos de algún AMUMA o programa de conservación internacional sin ser parte en el acuerdo. Por ejemplo, actualmente los Estados Unidos tienen una legislación que autoriza el uso de medidas comerciales ambientales en contra de aquellos países que directa o indirectamente participan en el comercio o de alguna manera disminuyen la eficacia de cualquier programa internacional de conservación de especies amenazadas.⁵⁰ La posibilidad de autorizar una restricción comercial no está en esta ley condicionada a que los Estados Unidos sean parte en el AMUMA cuyo programa de protección se ve afectado.

Por otro lado, algunos AMUMA no contienen medidas comerciales específicas o autorizadas, sin embargo, las partes contratantes han hecho

⁴⁸ Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 31, pp. 769-771.

⁴⁹ Hudec, R., *op. cit.*, nota 16, p. 99.

⁵⁰ Pelly Amendment, 22 U.S.C. 1971-1980 (1978). En abril de 1994, Estados Unidos invocó la *Enmienda Pelly* en contra de Taiwán por considerar que este país no estaba dando, dentro de su territorio, la protección debida a los tigres y rinocerontes, especies protegidas por CITES. Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 31, pp. 763-774; Austin, D. A., "International Enforcement in the Clinton Administration", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 88, abril de 1994, p. 91. El 30 de junio de 1995 las sanciones comerciales fueron levantadas por Estados Unidos por considerar que Taiwán estaba tomando las medidas necesarias para proteger las especies mencionadas dentro de su territorio. Greenhouse, S., "U.S. Lifting Trade Penalties on Taiwan", *New York Times*, 10. julio de 1995, p. 4.

uso de medidas comerciales para apoyar los objetivos del acuerdo. Estados Unidos en 1936 implementó la primera convención de la Ballena de la Liga de las Naciones con una ley (Whaling Treaty Act) que, entre otras cosas, prohibía la importación o exportación de ciertas ballenas o productos derivados, aunque la convención no requería o autorizaba los embargos de este tipo.⁵¹ La falta de autorización o reconocimiento expreso convierte a estas medidas en unilaterales. Sin embargo, algunos autores sostienen que el apoyar los objetivos ambientales del acuerdo internacional les provee de cierto espíritu multilateralista.⁵²

La dificultad para separar claramente a las medidas comerciales multilaterales de las unilaterales ha llevado, en algunos casos, a cuestionar su legalidad. Antes de analizar los argumentos que sostienen la ilegalidad de las medidas comerciales multilaterales conviene estudiar sus funciones y algunos aspectos sobre su eficacia.

III. LAS FUNCIONES, EFICACIA Y LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES AMBIENTALES

Entre los distintos AMUMA existentes se pueden encontrar una variedad de objetivos: la protección de la flora y la fauna, de la atmósfera, de la biodiversidad, etcétera. La relación entre las fuentes de contaminación y el comercio, como hemos visto, no siempre es directa, de modo que la función de las medidas comerciales en los AMUMA y su eficacia variarán dependiendo del nivel de relación que tengan con el objetivo que se pretende alcanzar con el acuerdo. Podemos dividir las funciones de las medidas comerciales en los AMUMA en tres grandes categorías: *a*) como medida principal; *b*) como medio auxiliar o complementario; *c*) como incentivo para lograr la cooperación.⁵³

⁵¹ Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 1, pp. 20 y 21.

⁵² *Idem*, p. 8.

⁵³ L. Sánchez de Munián de forma muy similar clasifica la función de las medidas comerciales en: *a*) intervenciones comerciales directas; *b*) disposiciones comerciales de apoyo; *c*) incitaciones comerciales. Sánchez de Munián, L., *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra, Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 153.

Aunque las categorías anteriores no siempre se excluyen mutuamente, la distinción entre unas y otras nos es útil para fines analíticos.

1. *Las funciones de las medidas comerciales multilaterales ambientales*

A. *Las medidas comerciales multilaterales como instrumento principal*

Los AMUMA cuyo principal objetivo es regular el comercio utilizan las medidas comerciales como su instrumento más importante. Así, por ejemplo, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación tiene como principal objetivo la protección de la salud humana y del medio ambiente contra los efectos nocivos que pueden derivarse de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos.⁵⁴ El procedimiento de notificación y consentimiento previo es el instrumento principal de la Convención para controlar y manejar los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, sumados a la obligación de las Partes de asegurarse que los desechos serán manejados en una forma ambientalmente responsable.⁵⁵ En otras palabras, regular el comercio a través de los procedimientos mencionados es fundamental para el objetivo de la convención y, por lo tanto, las medidas comerciales son su medio principal.

En el Convenio CITES las medidas comerciales también figuran como el instrumento principal del acuerdo. A pesar de que el comercio internacional no es la causa más importante de la disminución y extinción de la flora y fauna, la presión de la demanda internacional potenciada por el comercio internacional amenaza a algunas especies. El objetivo de CITES no es proteger la flora y fauna de todas las posibles fuentes de degradación ambiental que ponen en peligro su existencia, sino que busca evitar, a través de controles de exportación e importación, la explotación excesiva de ciertas especies de flora y fauna mediante la regulación del

⁵⁴ Véase el preámbulo del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 de marzo de 1989 (BOE, 22 de septiembre de 1994, núm. 227).

⁵⁵ *Ibidem*, artículos 4o., 6o., 7o., 8o. y 9o.

comercio internacional.⁵⁶ Así, las medidas comerciales son el principal instrumento utilizado por la Convención.

*B. Las medidas comerciales multilaterales
como instrumentos auxiliares o complementarios
de otras medidas*

Algunos AMUMA cuyo objetivo principal no es regular los efectos ambientales producidos por el comercio contienen medidas comerciales como instrumentos auxiliares o complementarios de otras medidas para lograr sus objetivos. El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, por ejemplo, busca detener el deterioro de la capa de ozono causado por la emisión y consumo de sustancias que la agotan.⁵⁷ Los programas de eliminación escalonada son su instrumento principal y establecen progresivamente límites a la producción y consumo de gases clorofluorocarbonos (CFC) y otras sustancias que agotan la capa de ozono.⁵⁸ Ciertos controles comerciales sirven de instrumento complementario a los programas de eliminación gradual. Por ejemplo, originalmente se consideraba que las exportaciones de las sustancias controladas podían ser restadas de las cuotas de producción y consumo establecidas en los programas de eliminación gradual.⁵⁹ Sin embargo, después de 1993, las exportaciones a Estados no parte no pueden ser restadas de la cantidad de producción. Esta medida se adoptó para acelerar la eliminación total de las sustancias controladas.⁶⁰ Adicionalmente, desde 1997, los Estados que no estén cumpliendo con sus cuotas de producción y consumo interno de alguna de las sustancias controladas no pueden exportar las cantidades usadas, recicladas y regeneradas de esa sustancias, para cualquier fin que no sea su destrucción (artículo 4 A). Uno de los objetivos de esta medida es que los Estados que no han logrado cumplir con sus obligaciones utilicen sus suplementos reciclados o

⁵⁶ Véase el preámbulo del acuerdo CITES.

⁵⁷ Véase el preámbulo del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987 (BOE, 17 de marzo de 1989, núm. 65).

⁵⁸ *Ibidem*, artículos 1o., 2o., 2 A-2 I, 3.

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 1o., párrafos 5, 6 y 7; artículo 3o. inciso c.

⁶⁰ OECD, *op. cit.*, nota 15, p. 14.

sustancias usadas para satisfacer las necesidades internas y evitar así mayor producción de las sustancias controladas por el Protocolo.⁶¹

En algunos casos, las medidas comerciales que tienen un carácter complementario de otros instrumentos previstos en los AMUMA son adoptadas por medio de sus órganos de gestión. Así, por ejemplo, la Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos,⁶² a pesar de no contener disposiciones comerciales en su texto, ha adoptado, por resolución de la Comisión para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos,⁶³ algunas medidas comerciales para apoyar el logro de sus objetivos. Las medidas adoptadas son medios de control de las importaciones y exportaciones de ciertas especies marinas antárticas por medio de licencias y sistemas de inspección.⁶⁴

C. Las medidas comerciales multilaterales como incentivo para la cooperación

Un buen número de textos jurídicos internacionales establecen el deber de los Estados de cooperar para hacer frente a los problemas internacionales del medio ambiente.⁶⁵ A pesar de ello, no siempre los Estados se

⁶¹ *Ibidem*, p. 16.

⁶² Véase *BOE*, del 25 de mayo de 1985, núm. 125. La Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos es uno de los cinco acuerdos que componen lo que se conoce como el Sistema del Tratado Antártico (STA), que tienen por finalidad regular las relaciones entre Estados respecto de la Antártica (*BOE*, del 26 de junio de 1987, núm. 152).

⁶³ Artículo VII. 1. La Comisión tiene facultad de adoptar medidas de conservación obligatorias para los Estados parte, véase artículo IX. 6 b).

⁶⁴ Véanse *Obligaciones de las partes contratantes con respecto a las licencias y a la inspección de los barcos de su pabellón que operan en el área de la Convención*. CCAMLR Doc. Medida de conservación núm. 119/XX del 2001; *Sistema de Documentación de Captura para Dissostichus spp. Merluza negra*. CCAMLR Doc. Medida de conservación núm. 170/XX de 2002, www.ccamlr.org.

⁶⁵ El Principio 24 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano del 16 de junio de 1972 dispone: "...Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados. . .". (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). Otros instrumentos internacionales también consagran el deber de cooperación para la protección del medio ambiente, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2995 (XXVII), 2996 (XXVII) y 2997 (XXVII) del 15 de diciembre de

muestran dispuestos a colaborar en esta tarea. Por un lado, no en todos los casos hay voluntad de negociar acuerdos internacionales de protección ambiental cuyas obligaciones resultarán costosas y que no reportarán beneficios económicos perceptibles. Por otro lado, la voluntad de negociar, cuando existe, no es garantía de que se adoptarán acuerdos de protección ambiental: las diferencias en el valor asignado a los bienes ambientales, así como las distintas prioridades y capacidades económicas de los países, y el temor a perder competitividad pueden dificultar el logro de este objetivo.⁶⁶ Más aún, en algunos casos, un solo país renuente a cooperar puede limitar seriamente la eficacia de un acuerdo internacional. Esto sucede cuando en el país sin voluntad de cooperar se localizan las principales fuentes del problema ambiental que el acuerdo pretende corregir o eliminar.

Las medidas comerciales han sido calificadas como uno de los medios no violentos más persuasivos que tienen a su disposición los Estados para proteger el medio ambiente.⁶⁷ En efecto, en las relaciones internacionales los gobiernos recurren a las restricciones comerciales cuando la diplomacia falla y el uso de las armas se antoja excesivo para lograr un objetivo que requiere un cambio de actitud de otros países. Para hacer frente a los problemas de falta de voluntad de cooperar de algunos sectores de la comunidad internacional, con frecuencia, los AMUMA emplean restricciones comerciales cuyos destinatarios son los Estados que no son partes en los acuerdos. Por ejemplo, el Protocolo de Montreal prohíbe a

1972; Principio 21. a) de la *Carta Mundial de la Naturaleza*. ONU. Doc. A/37/51 (1982); Principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, del 14 de junio de 1992 que añade al deber de cooperación el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1)

⁶⁶ Sjöstedt, G.; Spector, B. I. y Zartman, I. W., "The Dynamics of Regime-Building Negotiations", en Sjöstedt, G.; Spector, B. I. y Zartman, I. W. (eds.), *Negotiating International Regimes: Lessons Learned from the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Great Britain, Graham & Trotman, 1994, pp. 4-7; Backhurst, R. y Subramanian, A., "Fomento de la cooperación multilateral en materia de medio ambiente", en Anderson, K. y Backhurst, R., *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1992, pp. 287-290; Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 31, p. 755.

⁶⁷ Foster, M., "Trade and Environment: Making Room for Environmental Trade Measures within the GATT", *Southern California Law Review*, vol. 71, enero de 1998, p. 396. La presión económica también se ha utilizado en campos como el de los derechos humanos. Véase Cleveland, S., "Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions", *The Yale Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, invierno de 2001, p. 6.

los Estados parte importar o exportar sustancias controladas a los Estados no parte, a menos que este último pueda demostrar que a pesar de no ser parte se encuentra en completo cumplimiento con las obligaciones del Protocolo (artículo 4.8). Esta medida, además de estar encaminada a estimular a los Estados no parte a adherirse al protocolo, busca hacer frente al problema de los *free riders*; es decir, los Estados que no son parte y que se benefician económicamente de la retirada del mercado de los productores de sustancias controladas de los países parte. Adicionalmente, este tipo de medidas evitan que las industrias productoras de las sustancias controladas de los Estados parte escapen al marco normativo del acuerdo trasladando sus plantas productivas a Estados no parte.⁶⁸ Ahora bien, la función de las medidas comerciales proporciona los criterios necesarios para determinar su eficacia.

2. La eficacia de las medidas comerciales multilaterales

En el sentido ordinario del término “eficacia” significa capacidad para lograr el efecto que se espera o desea.⁶⁹ De este modo, teóricamente, una medida comercial será eficaz si logra el efecto que de ella se espera o se desea. A pesar de su simplicidad aparente, en la práctica, valorar la eficacia de las medidas comerciales previstas en los AMUMA es una tarea muy compleja, que debe ser realizada caso por caso, tomando en cuenta diversos factores de naturaleza legal, económica, política y científica. Debemos decir que un estudio de tales características cae fuera del objeto de estudio de esta investigación. En este apartado sólo nos ocuparemos de desarrollar los aspectos teóricos del problema, de identificar los elementos necesarios para valorar la eficacia y, en donde sea posible, a mencionar algunas conclusiones de carácter general.

⁶⁸ OECD, *op. cit.*, nota 15, p. 14.

⁶⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, t. 1 p. 865.

A. *Las razones por las que la “teoría de la intervención óptima” no priva de utilidad a las medidas comerciales de protección ambiental*

En opinión de algunos autores, ya que el comercio en sí mismo rara vez es la fuente principal de la degradación ambiental, las medidas comerciales ambientales no cumplen las condiciones de la teoría de la intervención óptima y, por lo tanto, sólo rara vez son la mejor opción, en términos de eficacia, para abordar las externalidades ambientales.⁷⁰ En efecto, esta teoría sostiene que las medidas destinadas a internalizar la “contaminación” deben estar dirigidas a sus fuentes: las externalidades generadas en la etapa de producción o consumo deben ser contrarrestadas, según corresponda, mediante medidas gubernamentales dirigidas a la producción o al consumo.⁷¹ En este contexto, las restricciones comerciales, al privar de los beneficios económicos que en otras circunstancias produciría el comercio, se perciben como posibles fuentes de distorsiones comerciales adicionales al fallo del mercado propio de las externalidades ambientales.⁷² Entre las medidas propuestas por E. U. Petersmann para corregir este tipo particular de fallo del mercado figuran, entre otras, el establecimiento de responsabilidades y compensaciones y la asignación de derechos de propiedad de los bienes a proteger con base en el derecho interno.⁷³

A pesar de que a nivel teórico las argumentaciones anteriores son bastante sólidas, su puesta en práctica no siempre es posible. Esto es así ya que, aun si no consideramos los problemas que existen en algunos países poco desarrollados para aplicar sus leyes, no siempre es sencillo establecer un nexo claro de causalidad entre la fuente y el daño, dificultando la aplicación de los procedimientos tradicionales de responsabilidad y com-

⁷⁰ Subramanian, A., “Trade Measures for the Environment: A Nearly Empty Box?”, *The World Economy*, vol. 15, núm. 1, enero de 1992, p. 144; Petersmann, E. U., “International Trade Law and International Environmental Law. Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GATT”, *Journal of World Trade*, vol. 27, núm. 1, 1993, p. 49.

⁷¹ Petersmann, E. U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Oxford & San Francisco, Westview Press Boulder, 1991, p. 57; Sánchez de Munián, L., *op. cit.*, nota 53, p. 156.

⁷² *Ibidem*, p. 57.

⁷³ Petersmann, E. U., *op. cit.*, nota 5, pp. 12-15.

pensación.⁷⁴ Adicionalmente, la asignación de derechos de propiedad en algunos casos no está al alcance de los legisladores nacionales, basta recordar los denominados bienes globales. Podemos decir, por lo tanto, que, a pesar de no ser la mejor primera opción, las medidas comerciales pueden ser instrumentos útiles para la protección del medio ambiente. Así ha sido reconocido en diversos foros internacionales como las Naciones Unidas,⁷⁵ la OCDE⁷⁶ y la OMC⁷⁷ e incluso por los más firmes defensores de la teoría de la intervención óptima, que han llegado a calificarlas de segunda mejor opción.⁷⁸

⁷⁴ Kingsbury, B., "Environment and Trade: The GATT/WTO Regime in the International Legal System", en Boyle, A. E., *Environmental Regulation and Economic Growth*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 193; Osakwe, C., *op. cit.*, nota 15, p. 38.

⁷⁵ Véase principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 14 de junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁷⁶ OCDE, *Report on Trade and Environment to the OECD Council at Ministerial Level*, OCDE/GD(95) 63, 1995, p. 6; OECD, *op. cit.*, nota 15, p. 5.

⁷⁷ Véase el *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente* a la Conferencia Ministerial de Singapur. OMC Doc. WT/CTE/1, parr. 173.

⁷⁸ Petersmann ha escrito: "The list of alternative regulatory instruments should therefore not include trade restrictions unless they are mutually agreed between the countries concerned as a 'second-best policy instrument' (e. g. in the 1973 CITES Convention where the 'first-best policy instrument' of non-discriminatory internal hunting and sales prohibitions for endangered species may not be sufficiently enforceable in less developed countries)". Petersmann, E. U., *op. cit.*, nota 5, p. 15. En el mismo sentido Subramanian, A., *op. cit.*, nota 70, p. 144. Al leer los artículos anteriores sobre la teoría de la intervención óptima, da la impresión de estar ante un razonamiento que buscan evitar, en el contexto de los problemas ambientales, el empleo de las medidas unilaterales. En otras palabras, los defensores de la teoría de la intervención parecen excluir de sus argumentos a las medidas comerciales adoptadas en un marco multilateral. Sin embargo, si consideramos que los efectos en las fuentes de degradación ambiental no cambian si la medida que se aplica es multilateral en lugar de unilateral, no parece haber razón para esta discriminación positiva a favor de las medidas multilaterales. En cualquier caso, las medidas comerciales unilaterales han probado ser, en algunos casos, instrumentos efectivos de protección ambiental. Para una defensa de la función de las medidas comerciales unilaterales desde una perspectiva económica véase Chang, H., "An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment", *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, núm. 6 de julio de 1995, pp. 2131-2209; Chang, H., "Carrots, Sticks, and International Externalities", *International Review of Law and Economics*, vol. 17, núm. 3, septiembre de 1997, pp. 309-324. Para una perspectiva jurídica Bodansky, D., "What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?", *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 339-347.

Ahora bien, realizar una valoración de la eficacia de las medidas comerciales no siempre es sencillo, pues como veremos a continuación, existen una serie de elementos que deben ser tomados en cuenta.

B. Elementos para valorar la eficacia de las medidas comerciales

Existe la tendencia a relacionar la eficacia de las medidas comerciales previstas en los AMUMA con la eficacia del acuerdo en sí. En otras palabras, a primera vista podría considerarse que las medidas comerciales son eficaces si logran corregir, evitar o prevenir el daño ambiental que motivó la adopción del acuerdo internacional en el que se contemplan. No obstante, si bien es verdad que por lo general el objeto del AMUMA y el efecto esperado o deseado de las medidas comerciales están íntimamente relacionados, esto no es así en todos los casos.

Normalmente, cuando las medidas comerciales son el instrumento principal del AMUMA, su eficacia está íntimamente relacionada con la consecución del objetivo ambiental del acuerdo. Sin duda, el logro de los objetivos fijados por CITES y la Convención de Basilea depende en gran medida de la eficacia de las medidas comerciales que contemplan como su política principal. Sin embargo, aun cuando el objetivo de los AMUMA y de las medidas comerciales es similar, no siempre es posible valorar la eficacia de estas últimas considerando únicamente la consecución de los objetivos del AMUMA, pues otros factores también influyen. Por un lado, es difícil valorar la eficacia de las medidas comerciales cuando éstas no son efectivamente implementadas y aplicadas, algo que sucede con frecuencia.⁷⁹ Por otro lado, en muchos casos, los AMUMA pueden no abordar de forma adecuada el problema ambiental que constituye su objeto material. Por ejemplo, CITES en el fondo fue adoptado para proteger la vida de las especies amenazadas de flora y fauna silvestre, no obstante, sus disposiciones sólo atacan una de las fuentes que amenaza la pervivencia de las especies que busca proteger: el comercio.

⁷⁹ Actualmente uno de los problemas más preocupantes en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente es la falta de aplicación efectiva de las normas existentes. Como advierte A. Rodrigo: "En el derecho internacional del medio ambiente es más necesaria una aplicación efectiva de los tratados internacionales del medio ambiente que la creación de nuevas normas". Rodrigo, A., *op. cit.*, nota 24, p. 167.

De modo que, aun si las partes cumplieran cabalmente con los controles comerciales, CITES en sí mismo podría no ser efectivo en lograr el fin último de protección de la flora y fauna.⁸⁰

Ahora bien, es importante decir que en algunos casos el objetivo de las medidas comerciales puede no ser idéntico que el perseguido por el AMUMA que la contiene. Hemos mencionado antes que algunos AMUMA utilizan las medidas comerciales con el fin de inducir a terceros Estados a adherirse al acuerdo o bien para evitar que los *free riders* obtengan beneficios a costa de las obligaciones de los Estados obligados por los acuerdos. Así, la eficacia de la medida comercial debe ser analizada exclusivamente considerando su finalidad.

Conviene decir que en muchos casos las medidas comerciales coexisten en los AMUMA con otros instrumentos de protección ambiental. En ocasiones, es difícil atribuir el logro de un objetivo a una medida o a otra. Sin duda, las medidas comerciales de inducción previstas en el Protocolo de Montreal han sido importantes para que terceros países se adherieran a sus disposiciones. No obstante, incluso los estudios especializados han sido incapaces de determinar si la amplia participación en el Protocolo se debe a la eficacia de las medidas comerciales o a las de otras medidas, como la ayuda económica.⁸¹ Ahora bien, independientemente de la dificultad que existe para valorar la eficacia se pueden formular algunas consideraciones generales.

C. Consideraciones generales sobre la eficacia de las medidas comerciales

Algunos estudios especializados han advertido que las medidas comerciales han sido efectivas en recopilar información sobre los efectos ambientales relacionados con los flujos comerciales, en reducir los flujos comerciales con impactos ambientales adversos, en reducir los beneficios de los *free riders* y en inducir a terceros países a adherirse a los compromisos internacionales de protección ambiental.⁸² Además, al pare-

⁸⁰ Osakwe, C., *op. cit.*, nota 15, p. 46.

⁸¹ OECD, *op. cit.*, nota 15, pp. 20 y 21.

⁸² UNEP/CIEL, "Effectiveness of Trade & Positive Measures in Multilateral Environmental Agreements: Lessons from the Montreal Protocol", www.ciel.org/Publications/EffectivenessofTradeandPosMeasures.pdf; OECD, *cit.*, nota 15, p. 5.

cer, las medidas comerciales son más efectivas cuando se dirigen a problemas específicos y cuando van acompañadas de otras medidas de protección. Así, si el comercio ocasiona un daño ambiental directo o aporta un estímulo importante a ciertas actividades relacionadas con la degradación del medio ambiente, una medida comercial parece ser el instrumento con mayor probabilidad de corregir eficazmente el problema. Por ejemplo, siendo que los elefantes africanos son sacrificados principalmente para quitarles sus colmillos y comercializar con ellos, las medidas comerciales pueden ser un instrumento de protección ambiental útil.⁸³ No obstante, incluso en casos en que la relación entre el comercio y la degradación ambiental es clara, otros factores pueden intervenir y disminuir la eficacia. En el caso de los elefantes sus poblaciones pueden también verse amenazadas por la pérdida de hábitat, falta de recursos y personal capacitado para su conservación, entre otras. Por esta razón, diversos estudios sobre la eficacia de las medidas comerciales sostienen que deben ir acompañadas de otras medidas positivas, como la transferencia de tecnología, financiación, capacitación, etcétera.⁸⁴

Entre los factores que pueden disminuir la eficacia de las medidas comerciales se han identificado: el comercio ilegal, la falta de implementación y aplicación efectiva y la ausencia de medidas complementarias en el AMUMA.⁸⁵ Un análisis de las medidas comerciales multilaterales quedaría incompleto si no hacemos una breve referencia a algunos aspectos relativos a su legalidad en el marco del derecho internacional general.

3. La legalidad de las medidas comerciales multilaterales en el derecho internacional general

Los AMUMA, como ya hemos mencionado antes, pretenden hacer frente a diversos problemas ambientales que tienen una verdadera dimensión internacional. Con frecuencia, la negociación de estos acuerdos implica una importante inversión de tiempo y de recursos económicos, y

⁸³ Subramanian, A., *op. cit.*, nota 70, p. 139.

⁸⁴ Jha, V. y Hoffmann, U., "Achieving Objectives of Multilateral Environmental Agreements: A Package of Trade Measures and Positive", *United Nations Conference on Trade and Development*, 2001, UNCTAD/ITCD/TED/6; Osakwe, C., *op. cit.*, nota 15, p. 46.

⁸⁵ OECD, *op. cit.*, nota 15, p. 39.

un gran desgaste político por parte de los distintos Estados interesados.⁸⁶ Esto se debe a que, normalmente, el primer sector afectado por las obligaciones ambientales es el económico, de modo que se hace necesario establecer un equilibrio entre prestaciones y contraprestaciones que puede prolongar varios años la negociación de un acuerdo. Así, cuando estos acuerdos prevén el uso de las medidas comerciales es porque, después de haber analizado diversas opciones, se ha llegado a la conclusión de que son un instrumento útil para lograr el objetivo ambiental que se pretende. Por lo tanto, no parece exagerado decir que los Estados parte en los AMUMA están legitimados para adoptar las medidas comerciales en respuesta a un problema ambiental que le afecta directamente, incluso si estas medidas pueden afectar los flujos comerciales de terceros Estados. Sin embargo, en ocasiones se discute la legalidad de la aplicación de medidas comerciales previstas por los AMUMA, especialmente las que están dirigidas a los Estados que no son parte.⁸⁷ Conviene recordar que este tipo de medidas, a pesar de ser adoptadas en un marco multilateral, son medidas percibidas como unilaterales desde la perspectiva del Estado que no es parte del acuerdo.

Teniendo en cuenta que el derecho internacional reconoce como una facultad soberana de cada Estado el establecimiento de sus políticas de protección ambiental conforme a sus propias necesidades,⁸⁸ algunos países consideran como una intromisión en sus asuntos internos y una violación a su soberanía la coerción económica aplicada a través de medidas comerciales con el fin de lograr un cambio en sus políticas ambientales o

⁸⁶ Para una selección de artículos que analizan desde distintos ángulos la negociación de acuerdos internacionales del medio ambiente véase Sjöstedt, G.; Spector, B. I. y Zartman, I. W. (eds.), *Negotiating International Regimes: Lessons Learned from the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Gran Bretaña, Graham & Trotman, 1994.

⁸⁷ Las cuestiones de legalidad de las medidas comerciales aplicadas entre Estados parte en un AMUMA son menos probable que surjan. El principio *pacta sunt servanda*, que rige el derecho de los tratados, establece la obligación de las partes de cumplir de buena fe los compromisos convencionales asumidos. En los AMUMA con disposiciones comerciales, los Estados parte han consentido expresa o implícitamente la posibilidad de que les sean aplicadas las medidas de este tipo.

⁸⁸ Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano del 16 de junio de 1972 (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1) y principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del 14 de junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). La Resolución 3171 (XXVIII) de la Asamblea General de 1973.

para inducirles a cooperar.⁸⁹ A pesar de que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido distintas resoluciones exhortando a la comunidad internacional a eliminar medidas económicas para ejercer coerción política y económica sobre los países en desarrollo,⁹⁰ aún no está claro que la coerción económica sea una forma de intervención en los asuntos internos de otros países contraria la principio de no-intervención.⁹¹

En ese sentido es interesante observar que, aunque las restricciones comerciales pueden influir en las decisiones de política ambiental que adoptan terceros Estados, en sentido estricto, no obligan a la adopción de una política determinada. Por ejemplo, si un país desea exportar productos sujetos a los controles comerciales previstos por el AMUMA a los países parte en el acuerdo, cumplirá las obligaciones del AMUMA o se adherirá a él.⁹² Por otro lado, si decide no cambiar de actitud, podrá hacerlo a pesar de la restricción comercial, sin que ello dé lugar al ejercicio de acción judicial

⁸⁹ Véase Drumbl, M., "Northern Economic Obligation, Southern Moral Entitlement, and International Environmental Governance", *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 27, núm. 2, 2002, p. 366; Howse, R. y Trebilcock, M., "The Fair Free-Trade Debate: Trade, Labour, and the Environment", *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, p. 61.

⁹⁰ *Medidas económicas como medio de ejercer coacción política y económica sobre países en desarrollo*. U.N. Doc. A/RES/44/215 del 22 diciembre de 1989; U.N. Doc. A/RES/46/210 del 20 diciembre de 1991; U.N. Doc. A/RES/48/168 del 21 de diciembre de 1993. Es importante señalar que estas resoluciones no crean obligaciones jurídicas por sí mismas. Además, al examinar su valor normativo es importante recordar que 18 países han manifestado su oposición al contenido de estas resoluciones.

⁹¹ La Corte Internacional de Justicia en el caso *de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* manifestó, con relación a las medidas comerciales norteamericanas (eliminación de la ayuda extranjera, la reducción en las cuotas de importación de azúcar y un embargo comercial), una imposibilidad de declararlas un quebrantamiento del principio de no intervención. *I.C.J., Recueil 1986*, párrafos 234-245. Tampoco se ha reconocido, como sugieren algunos, que la coerción económica sea una violación a la prohibición del uso de la fuerza. Schuette, S., "U.S. Economic Sanctions Regarding the Proliferation of Nuclear Weapons: A Call for Reform of the Arms Export Control Act Sanctions", *Cornell International Law Journal*, vol. 35, núm. 1, nov. 2001-feb. 2002, p. 237. Véase también Cleveland, S., "Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions", *The Yale Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, invierno de 2001, p. 53.

⁹² Normalmente, las restricciones comerciales previstas por los AMUMA pueden ser salvadas por los Estados no parte si demuestran que están cumpliendo con las obligaciones previstas en el acuerdo a pesar de no estar jurídicamente vinculados a sus disposiciones.

alguna propia del incumplimiento de una norma, únicamente no podrá exportar la mercancía a los países parte en el AMUMA en cuestión.⁹³

Adicionalmente, la regulación del comercio cae dentro de las competencias reconocidas por el derecho internacional a los Estados soberanos.⁹⁴ En efecto, conforme al derecho internacional público, cada país es libre para decidir con qué países entabla relaciones comerciales. Por este motivo, las medidas comerciales pueden ser aplicadas por razones ambientales e, incluso, sin razón alguna. Ahora bien, se podría pensar que el principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, que dispone que las medidas comerciales basadas en el consenso internacional son preferibles a las medidas unilaterales para hacer frente a los daños ambientales que afectan a más de un Estado, es la norma internacional que regula la legalidad de las medidas comerciales. Sin embargo, la declaración de Río es un instrumento de *soft law* (legislación blanda), cuyos principios sirven sólo para orientar las políticas comerciales y ambientales de los países firmantes, no para definir el estatuto legal que tienen estas medidas en el derecho internacional.⁹⁵ Además, el principio 12 establece sólo una preferencia no obligatoria por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales. En realidad, ya que la mayor parte de la comunidad internacional está vinculada a las obligaciones comerciales que emanan de los distintos acuerdos que administra la Organización Mundial del Comercio, es en este contexto en el que se analiza generalmente la legalidad de las medidas comerciales unilaterales y multilaterales.⁹⁶

⁹³ Howse, R. y Regan, D., "The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining «Unilateralism» in Trade Policy", *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2000, p. 275.

⁹⁴ Demaret, P., *op. cit.*, nota 23, p. 62.

⁹⁵ Kuei-Jung, N., "Contemporary Prospects for the Application of Principle 12 of the Rio Declaration", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, otoño de 2001, pp. 18 y 19.

⁹⁶ Lang, W., *op. cit.*, nota 14, p. 547; Bothe, M., *op. cit.*, nota 3, p. 63; Elizalde, M. A., *op. cit.*, nota 18, pp. 29-42.