

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO VII. Las prohibiciones comerciales, las limitaciones comerciales parciales y los impuestos ambientales | 191 |
| I. Las prohibiciones comerciales | 193 |
| 1. Las prohibiciones al comercio con Estados no parte en el Protocolo de Montreal | 195 |
| 2. El estatus legal en el GATT de la aplicación de las prohibiciones comerciales a los Estados no partes en el Protocolo de Montreal. | 196 |
| 3. La justificación con base en las excepciones ambientales del artículo XX del GATT | 197 |
| II. Las limitaciones comerciales parciales: el caso de los sistemas de licencias | 203 |
| 1. Los requisitos para la obtención de licencias comerciales: CITES | 204 |
| 2. El estatus legal de la aplicación del sistema de licencias de CITES en el GATT. | 205 |
| 3. La justificación con base en las excepciones del artículo XX del GATT | 208 |
| III. Los instrumentos fiscales en la protección ambiental. | 212 |
| 1. Las medidas de implementación doméstica del Protocolo de Kioto: las cargas o impuestos al carbón o energía | 215 |
| 2. La aplicación de los incisos <i>b</i> y <i>g</i> del artículo XX del GATT. | 221 |
| 3. La aplicación de las condiciones de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT | 223 |

TERCERA PARTE

LA COMPATIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES COMERCIALES MULTILATERALES Y DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL COMERCIO CON LAS NORMAS DEL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO: CASOS DE ESTUDIO

Renato Ruggiero, siendo director general de la Organización Mundial de Comercio (OMC), dijo que la solución a los problemas ambientales globales depende de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA). “Nada en la OMC obstaculiza el camino de tales acuerdos, por el contrario, la OMC tiene gran interés en crear un puente efectivo hacia las agendas ambientales”, afirmó.¹ Debido a este interés, actualmente el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) estudia los medios para lograr que las medidas comerciales específicas² aplicadas entre partes de los AMUMA encuentren cabida en el marco normativo de la OMC.³ Sin embargo, dado que los aspectos más controvertidos de la relación AMUMA/OMC no se beneficiaran de los trabajos del CCMA como la aplicación de medidas comerciales a los Estados no partes en los AMUMA y las medidas comerciales que no se consideran “obligaciones comerciales específicas”, la creación del puente a que hace referencia el

¹ Véase Ruggiero, R., “The Coming Challenge: Global Sustainable Development for the 21st. Century”, *WTO News: Press/97*, 17 de marzo de 1998.

² Un AMUMA puede contener obligaciones comerciales específicas, es decir, restricciones comerciales autorizadas textualmente e identificadas; también medidas comerciales ambientales autorizadas pero no identificadas; o bien medidas comerciales ambientales que no están especificadas o autorizadas pero que las partes en el acuerdo pueden adoptar por medio de decisiones de sus órganos administrativos.

³ Véase párrafo 31, (i) de la *Declaración Ministerial de Doha*, del 9 al 14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001.

señor. Ruggiero se quedará, en el mejor de los casos, a mitad del camino.⁴

Esta tercera parte del trabajo de investigación está dedicada a analizar si efectivamente las normas de la OMC no imponen ningún obstáculo para que los AMUMA logren sus objetivos. El estudio analiza la compatibilidad con las normas de la OMC de distintos tipos de medidas comerciales como las prohibiciones comerciales, las limitaciones comerciales parciales, los impuestos ambientales (capítulo VII), el procedimiento de acuerdo fundamentado previo y las ecoetiquetas (capítulo VIII) previstos en una serie de AMUMA seleccionados. La elección de los AMUMA cuya compatibilidad se examina se explica, por un lado, por el fin de mostrar la variedad de medidas de incidencia comercial existentes y, por otro lado, en función de la importancia y diversidad de los elementos ambientales que pretenden proteger. En esta parte también nos ocupamos de describir y, cuando es posible, especular sobre la posible compatibilidad con las normas de la OMC de medidas de incidencia comercial menos tradicionales, como las previstas en el Convenio sobre la diversidad biológica sobre el reparto justo y equitativo de beneficios resultantes por el uso de los recursos genéticos, la transferencia de tecnológica o la protección de los conocimientos tradicionales y, también, de algunos aspectos relacionados al comercio de emisiones de gases que crean el efecto invernadero previsto en el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

⁴ CIEL, Friends of the Earth US y otros, *Collective Comments: On Doha Declaration*, 25 de octubre de 2002, p. 19.

CAPÍTULO VII

LAS PROHIBICIONES COMERCIALES, LAS LIMITACIONES COMERCIALES PARCIALES Y LOS IMPUESTOS AMBIENTALES

Aunque en el contexto del régimen del comercio internacional no se ha analizado ninguna medida adoptada con base en acuerdo multilateral sobre el medio ambiente (AMUMA), como tendremos oportunidad de ver, el uso de medidas comerciales para lograr los objetivos de los acuerdos sobre medio ambiente puede implicar la violación de normas sustantivas de los acuerdos comerciales de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por lo tanto, no hay nada que indique que una controversia de este tipo no pueda surgir.¹ Más aún, pese a que los grupos especiales y el órgano de apelación de la OMC han expresado su preferencia por las medidas multilaterales sobre las unilaterales para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador, lo cierto es que, formalmente, los acuerdos de la OMC no distinguen en modo alguno entre las medidas multilaterales y unilaterales.²

En este capítulo, utilizando casos concretos de AMUMA que prevén su aplicación, analizaremos la compatibilidad con las normas de la OMC de tres clases distintas de medidas comerciales ambientales: las prohibiciones comerciales, las limitaciones comerciales parciales y la aplicación de impuestos ambientales. En el primer epígrafe se describen las prohibiciones comerciales previstas por el Protocolo de Montreal relativo a las

¹ Charnovitz, S., "The World Trade Organization and Social Issues", *Journal of World Trade*, vol. 5, octubre de 1994, p. 28.

² Condon, B., "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, primavera de 2002, p. 545.

sustancias que agotan la capa de ozono,³ se examina su estatus legal y posible justificación con base en las excepciones ambientales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).⁴ En el segundo y tercer epígrafe se hace lo propio esta vez analizando, respectivamente, el sistema de licencias de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)⁵ y, en el contexto del Protocolo de Kyoto, la aplicación de impuestos al carbón y los ajustes fiscales de frontera.⁶

Conviene destacar que en el presente capítulo se dedica especial atención —aunque no exclusiva— a los conflictos que suscitaría la aplicación de las medidas comerciales a los Estados no partes en los AMUMA, por ser uno de los aspectos potencialmente más conflictivos de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA. Como ya hemos mencionado antes, la Comunidad internacional ha manifestado una preferencia por las medidas comerciales basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a más de un Estado.⁷ En la Declaración Ministerial de Doha los miembros ordenaron al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) analizar la relación con las normas de la OMC de las medidas comerciales específicas establecidas en los AMUMA que se aplican entre Estados parte.⁸ Así, al parecer, en la OMC sólo las medidas específicas aplicadas entre Estados que son parte en un AMUMA y a la vez miembros de la OMC son vistas como una manifestación auténtica del consenso internacional.

³ Protocolo de Montreal relativo a la Substancias que agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal) de 1987 (*BOE*, 17 de marzo de 1989, núm. 65).

⁴ Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) puede consultarse en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra, Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583.

⁵ Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES, por sus siglas en inglés), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (*BOE*, 30 de julio de 1986, núm. 181).

⁶ Protocolo de Kioto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto) del 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, del 8 de febrero de 2005, núm. 33).

⁷ *Cfr.* Principio 12 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 14 de junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁸ *Declaración Ministerial de Doha*, del 9 al 14 de noviembre de 2001, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001, parr. 31, 1, i).

Es natural pensar, por lo tanto, que los aspectos potencialmente más controvertidos de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA sean, precisamente, aquéllos que no quedan comprendidos en el mandato de Doha; es decir, la aplicación de medidas comerciales a Estados no parte en los AMUMA o de medidas comerciales no específicas aunque se apliquen entre Estados parte.⁹

I. LAS PROHIBICIONES COMERCIALES

Las medidas de control comercial más estrictas son las prohibiciones a la importación o exportación.¹⁰ Este tipo de medidas son restricciones totales a la importación o a la exportación de los productos regulados; es decir, prohíben el comercio de todos los productos de un mismo género.¹¹ Algunos AMUMA requieren, autorizan o solicitan la aplicación de prohibiciones comerciales cuando un producto o su comercio está relacionado con alguna forma de degradación ambiental o bien para inducir la cooperación de países no vinculados al acuerdo.¹² Para los propósitos del presente epígrafe hemos elegido examinar las prohibiciones comerciales aplicables a los Estados no parte en el Protocolo de Montreal rela-

⁹ CIEL, Friends of the Earth US y otros, *Collective Comments: On Doha Declaration*, 25 de octubre de 2002, p. 17. http://www.ciel.org/Publications/Doha_Comments_25Oct02.pdf; Elliot, L., *The Global Politics of the Environment*, Londres, McMillan Press Ltd, 1998, p. 213.

¹⁰ Charnovitz, S., "A Taxonomy of Environmental Trade Measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6, invierno 1996, pp. 16-18.

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

¹² Véanse por ejemplo el artículo VII, b) de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF), hecha en Roma el 6 de diciembre de 1951 (*BOE*, 4 de junio de 1959), enmendado en noviembre de 1976 y noviembre de 1979 (*BOE*, 28 de noviembre de 1979 y 16 de octubre de 1991); artículo III de CITES (*BOE*, 30 de julio 1986, núm. 181); artículo 4.2 incisos e y g del Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (Convenio de Basilea), hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, núm. 227); artículo 10. 4 inciso ii del Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (Convenio de Rotterdam), hecho en Rotterdam el 10 de septiembre de 1998 (*BOE*, 25 de marzo de 2004, núm. 73); artículo III.1 a), ii) del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Convenio de Estocolmo), hecho en Estocolmo el 22 de mayo del 2001 (*BOE*, 23 de junio 2004, núm. 151).

tivo a las sustancias que agotan la capa de ozono,¹³ ya que han contribuido a que éste sea considerado uno de los acuerdos de protección ambiental con mayor éxito —algunos autores incluso lo consideran un modelo para futuros acuerdos en la materia—.¹⁴

El instrumento principal con que el Protocolo de Montreal pretende alcanzar sus objetivos (controlar el total de emisiones mundiales de las sustancias que agotan la capa de ozono con el objetivo final de eliminarlas) son sus compromisos escalonados de eliminación del consumo y producción¹⁵ de lo que ha denominado “sustancias controladas”.¹⁶ Las

¹³ El Protocolo de Montreal es un acuerdo suplementario del Convenio de Viena para la Protección de la capa de ozono hecho en Viena el 22 de marzo de 1985 (BOE, del 16 de noviembre de 1988, núm. 275). El protocolo ha sido enmendado en Londres 1990, Copenhague 1992, Viena 1995, Montreal 1997 y Beijing, 1999. Véase también Parson, E. A., *Protecting the Ozone Layer: Science and Strategy*, Nueva York, Oxford University Press, 2003; Benedick, R. E., *Ozone Diplomacy: New Directions in Safeguarding the Planet*, Cambridge, Harvard University Press, 1995; Vorlat, K., “The International Ozone Regime: Concessions and Loopholes?”, *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 17, invierno 1993, pp. 135-156; Lang, W., (ed.), *The Ozone Treaties and Their Influence on the Building of International Environmental Regimes*, Wien: Österreichische Außenpolitische Dokumentation, 1997, pp. 9-14; Bryk, D. S., “The Montreal Protocol and Recent Developments to Protect the Ozone Layer”, *The Harvard Environmental Law Review*, vol. 15, núm. 1, 1991, pp. 275-298; Brunnée, J., *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Nueva York, Transnational Publishers INC., 1988.

¹⁴ Thoms, L., “A Comparative Analysis of International Regimes on Ozone and Climate Change with Implications for Regime Design”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2003, pp. 803-812.

¹⁵ Los Estados partes asumen compromisos de reducción progresiva con miras a la eliminación total de la producción y consumo de las sustancias controladas. El artículo 3o. contiene las bases sobre las cuales los niveles de producción y consumo serán determinados. El consumo se obtiene de sumar la producción con las importaciones y de restar las exportaciones. El Protocolo de Montreal toma en cuenta las necesidades especiales de los países más pobres a los que les ha sido concedido un periodo de gracia para el cumplimiento de sus disposiciones. Adicionalmente, el Protocolo ha establecido un mecanismo financiero que ayuda a estos países a cumplir con sus obligaciones. Ling, B., “Developing Countries and Ozone Layer Protection: Issues, Principles and Implications”, *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 6, invierno 1992, pp. 91-126. Para una opinión crítica del trato preferente a los países menos desarrollados véase Williams, V., “Ozone Depletion, Developing Countries, and Human Rights: Seeking Better Ground On Which to Fight for Protection of the Ozone Layer”, *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, vol. 10, 1995, pp. 104-108.

¹⁶ Las “sustancias controladas” son enumeradas en los anexos A, C o E y son básicamente los clorofluorocarburos (gases CFC) y otros clorofluorocarburos totalmente halo-

prohibiciones comerciales, pese a ser medidas complementarias a los compromisos escalonados de eliminación, cumplen una función muy importante en el logro de los objetivos del Protocolo, particularmente las destinadas a los Estados que no son partes, ya que animan la participación universal,¹⁷ evitan la recolocación industrial¹⁸ y permiten abordar el problema de los *free riders*.¹⁹

1. *Las prohibiciones al comercio con Estados no parte en el Protocolo de Montreal*

El Protocolo de Montreal prohíbe el comercio de sustancias controladas de o a cualquier Estado que no es parte en el acuerdo, salvo que, en una reunión de las partes, se determine que ese Estado cumple cabalmente los calendarios de reducción y eliminación de las sustancias controladas de los Estados parte, y ha presentado datos que lo demuestran.²⁰ En cuanto al comercio entre partes, aunque está permitido, no debe superar los niveles de consumo y producción establecidos en el Protocolo.²¹ El comercio con Estados no parte de algunos productos que contienen sustancias controladas también está prohibido.²² Adicionalmente, el Proto-

genados. *Cfr.* Artículo 1.4 del Protocolo de Montreal. Véase también Benedick, R. E., "The Ozone Layer Story: Science, Industry and Politics", en Lang, W. (ed.), *The Ozone Treaties ...*, *cit.*, nota 13, pp. 15-14.

¹⁷ La emisión de sustancias que degradan la capa de ozono causa el mismo daño independientemente del lugar de la tierra en que se produzcan. Por esta razón, la participación universal se considera esencial en el acuerdo. Véase Vorlat, K., "The International Ozone Regime...", *cit.*, nota 13, pp. 150 y 151.

¹⁸ Este tipo de medidas evitan, por un lado, que las industrias contaminantes de los Estados partes franqueen el marco normativo del acuerdo, trasladando sus plantas de producción a Estados no partes y, por otro lado, que los países no parte se beneficien económicamente de los espacios comerciales que dejan las industrias de los países parte que ya no producen las sustancias reguladas.

¹⁹ El término *free rider* se utiliza para hacer referencia a aquellos países no partes en el Protocolo que gozan, sin realizar aportación alguna, de los beneficios ambientales y económicos fruto de la aplicación del Protocolo de Montreal por los Estados parte.

²⁰ *Ibidem*, artículo 4o. párrafos 1, 1 *bis*, 1 *ter*, 1 *qua*, 2, 2 *bis*, 2 *ter*, 2 *qua*, 2 *quin*, 2 *sex* y 8.

²¹ *Ibidem*, artículo 5o.

²² *Ibidem*, artículo 4o., párrafo 3. Actualmente, sólo algunos productos que contienen sustancias controladas por el Anexo A del Protocolo de Montreal están sujetos a esta restricción. La lista de estos productos figura en el Anexo D del Protocolo y entró en vigor

colo prevé la posibilidad de que en el futuro se prohíba el comercio de productos elaborados con sustancias controladas pero que no contengan tales sustancias,²³ pero de momento la aplicación de este tipo de restricciones no ha sido considerada factible.²⁴

En virtud de que las sustancias controladas por el Protocolo de Montreal son “bienes”, la compatibilidad de las prohibiciones comerciales a los Estados no partes deberá analizarse, si se da el caso, con base al GATT.

2. *El estatus legal en el GATT de la aplicación de las prohibiciones comerciales a los Estados no partes en el Protocolo de Montreal.*

Las prohibiciones comerciales equivalen a una restricción cuantitativa igual a cero y, como tales, son contrarias al artículo XI del GATT.²⁵ Adicionalmente, si un Estado parte en el Protocolo y miembro de la OMC importa o exporta sustancias controladas de o a otro Estado parte en el Pro-

en mayo de 1992. Véase el informe de la cuarta reunión de las partes en el Protocolo de Montreal. *Decisión IV/16. Anexo D del Protocolo de Montreal*, ONU Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 del 25 de noviembre de 1992, p. 23. El Protocolo prevé la posibilidad de que en el futuro los productos que contengan sustancias controladas incluidas en el Anexo B y en el Grupo II del Anexo C estén sujetos a restricciones similares. *Cfr.* El artículo 4o. párrafos 3 *bis* y 3 *ter* del Protocolo de Montreal. Véase también el informe de la cuarta reunión de las partes en el Protocolo de Montreal. *Decisión IV/28. Aplicación del párrafo 3 bis del artículo 4 del Protocolo Dec. IV/28*, ONU Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 del 25 de noviembre de 1992, p. 35. De momento, la elaboración de una lista de productos que contengan sustancias controladas en el Anexo B no se ha materializado por considerarse que no aportaría mayores beneficios que los que actualmente se derivan de la aplicación del Protocolo de Montreal. Véanse los informes de la sexta y octava reunión de las partes en el Protocolo de Montreal. *Decisión VI/12: Lista de productos que contienen sustancias controladas que figuran en el anexo B del Protocolo y Decisión VIII/18: Lista de productos que contienen sustancias controladas enumeradas en el Grupo II del anexo C del Protocolo (hidrobromofluorocarbonos)*, respectivamente ONU Docs. UNEP/OzL.Pro.6/7 del 10 de octubre de 1994, pp. 27 y 28, UNEP/OzL.Pro.8/1212 de diciembre de 1996, p. 29.

²³ Artículo 4o., párrafos 4, 4 *bis*, 4 *ter* del Protocolo de Montreal.

²⁴ Véase report of the Fifth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol. *Decision V/17: Feasibility of banning or restricting from States not party to the Montreal Protocol the import of products produced with, but not containing, controlled substances in Annex A, in accordance with paragraph 4 of article 4 of the Protocol*, ONU Doc. UNEP/OzL.Pro.5/12, 19 noviembre 1993.

²⁵ Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, vol. 15, otoño 1996, p. 899.

toloco y miembro de la OMC, pero prohíbe las exportaciones o importaciones de o a otro miembro de la OMC, que no es parte en el Protocolo de Montreal, se violaría el artículo I del GATT, que exige que cualquier ventaja comercial concedida a un miembro de la OMC sea extendida inmediatamente a los productos similares del resto de los miembros de la OMC.²⁶

Por otro lado, dado que el consumo y producción doméstica de las sustancias controladas en los países parte no está prohibido, aunque si está limitado, las prohibiciones comerciales aplicables a los Estados no partes violan el principio de trato nacional del artículo III si ambos países son miembros de la OMC.²⁷ El principio de trato nacional exige que los productos de otros miembros no sean tratados de forma menos favorable que los productos similares domésticos.²⁸ En cualquier caso, las prohibiciones al comercio de sustancias controladas con Estados no parte podría justificarse como excepción si cumple con las condiciones del artículo XX del GATT.

3. La justificación con base en las excepciones ambientales del artículo XX del GATT

Antes de iniciar el examen de este apartado conviene destacar que las medidas del Protocolo de Montreal aplicables a los Estados no partes, a pesar de ser obligaciones comerciales específicas, no se encuentran dentro de las medidas que potencialmente se beneficiarán de los trabajos realizados por el CCMA, ya que las medidas aplicadas a Estados no partes no forman parte de su objeto de estudio.²⁹

²⁶ Twum-Barina, R. y Campbell, L. B., *Protecting the Ozone Layer through Trade Measures. Reconciling the Trade Provisions of the Montreal Protocol and the Rules of the GATT*, Ginebra, United Nations Environmental Program, 1994, pp. 58 y 59.

²⁷ Hunt, K. J. "International Environmental Agreements in Conflict with GATT: Greening GATT after the Uruguay Round Agreement", *International Lawyer*, vol. 30, primavera 1996, p. 170; McDonald, J., "Greening the GATT: Harmonizing Free Trade and Environmental Protection in the New World Order", *Environmental Law*, vol. 23, 1993, p. 397.

²⁸ Este tipo de prohibiciones no podrían justificarse como reglamentos internos en virtud de la nota interpretativa del artículo III porque el trato comercial de las sustancias controladas domésticas es distinto al de las sustancias controladas de los países que no son partes.

²⁹ Véase CCMA en Sesión Extraordinaria – *Obligaciones comerciales específicas: Comunicación de la República de Corea. Apartado i) del párrafo 31*, OMC Doc. TN/TE/W/13, 8 de octubre de 2002, p. 3.

A. *La justificación provisional con base en los incisos b y g del artículo XX*

Para que una medida se justifique provisionalmente en el inciso *b* del artículo XX debe cumplir la “prueba de la necesidad”, interpretada como la exigencia de aplicar la medida menos restrictiva para el comercio que sirva para lograr el nivel de protección elegido, y, además, debe tener por objeto la protección de la salud y vida de las personas y animales o preservar los vegetales.³⁰ Para justificarse con base en el inciso *g* es preciso que la medida cumpla la exigencia de ser “relativa a” —expresión interpretada como la exigencia de que exista una auténtica relación entre los medios y los fines— la conservación de recursos naturales agotables y, además, se requiere la aplicación de restricciones conjuntas a la producción y consumo domésticos.³¹

En junio de 1999, el Secretario Ejecutivo de la Secretaria del Ozono, K. Madhava Sarma, hizo llegar al CCMA de la OMC un documento afirmando que la capa de ozono es un recurso natural agotable y que su degradación tendría un impacto adverso en la vida humana, animal y vegetal.³² Por lo tanto, las restricciones comerciales aplicables a los Estados no partes en el Protocolo de Montreal podrían, en su opinión, justificarse en los incisos *b* y *g* del artículo XX del GATT.³³ No obstante, reconoció que la última palabra la tendrá, en caso de surgir alguna diferencia, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC.³⁴ Lo más probable es que, si efectivamente surge alguna diferencia ante la OMC, los Estados no parte afectados argumenten que la finalidad principal de este

³⁰ Informe del órgano de apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 162, 166 y 163. En el caso se interpretaba el inciso *d* del artículo XX que también establece el término *necesarias*.

³¹ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*. OMC Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párrafo 136.

³² Pruzin, D., “Ozone Depletion: Trade Measures under Montreal Pact Justified, Treaty Official Tells WTO Panel”, *BNA's Environment Reporter*, julio 2, 1999.

³³ *Idem*. Véase también Bernazani, J. A., “The Eagle, The Turtle, The Shrimp and the WTO: Implications for the Future of Environmental Trade Measures”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 15, invierno/primavera 2000, p. 213.

³⁴ *Idem*.

tipo de medidas es animar la participación universal en el Protocolo, no la protección de los elementos ambientales de los incisos *b* y *g* del artículo XX. Adicionalmente, el hecho de que la Secretaria del GATT, en un documento oficial, expresara que el Protocolo de Montreal podía haber sido estructurado de tal forma que lograría sus objetivos sin necesidad de recurrir a las restricciones a los Estados no partes —por ejemplo aplicando un impuesto o sistema de cuotas al consumo doméstico de las sustancias controladas—, indica que no será sencillo que una medida comercial aplicada a los Estados no partes pase la “prueba de necesidad”.³⁵ Más aún, algunos autores sostienen que el hecho de que los Estados parte puedan calcular los totales de consumo de las sustancias controladas sumando a su producción las importaciones y restando las exportaciones, puede llevar al OSD de la OMC a determinar que las medidas destinadas a los Estados no partes no son *necesarias*.³⁶ Los razonamientos anteriores también podrían ser utilizados para concluir que este tipo de medidas no son *relativas a* la conservación de los recursos naturales agotables como lo exige el inciso *g*, ya sea porque se considere que los medios son desproporcionados para los fines o porque se estime que el objetivo primordial de las medidas es evitar que los Estados no partes obtengan ventajas económicas y comerciales a costa de los compromisos de los Estados parte.

La exigencia del inciso *g*, de que se apliquen restricciones conjuntas a la producción y consumo nacional, se cumple cuando la venta doméstica de la sustancia controlada está prohibida.³⁷ Sin embargo, podría no cumplirse si se impone una prohibición comercial a los Estados no partes mientras los programas de reducción escalonados aún permiten la producción y consumo doméstico.

³⁵ Group on Environmental Measures and International Trade, *General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment*. GATT Doc. 1529, febrero 13, 1992, pp. 11-12. Para un análisis de este documento véase Southworth, H., “GATT and the Environment - General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment. GATT Doc. 1529 (febrero 13, 1992)”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 32, núm. 4, verano 1992, pp. 997-1013.

³⁶ Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT...”, *cit.*, nota 25, p. 901. Con razonamientos distintos pero llegando a la misma conclusión véase McDonald, J., “Greening the GATT...”, *cit.*, nota 27, p. 451.

³⁷ Normalmente esto se deberá a que se ha llegado a la última etapa de los compromisos de reducción escalonados: su eliminación.

Ahora bien, la exigencia de que exista un vínculo suficiente entre el país que aplica la medida y el elemento ambiental a proteger no parece ser un obstáculo que impida la justificación de las medidas comerciales aplicables a los Estados no partes en el Protocolo de Montreal. El objetivo de este tipo de medidas es la protección de la capa de ozono, un bien ambiental compartido por toda la Comunidad internacional. Si en el asunto *Camarón-Tortugas* el órgano de apelación consideró que entre Estados Unidos y las tortugas que se buscaba proteger existía un *vínculo suficiente* porque éstas nadaban en sus migraciones por aguas sujetas a su jurisdicción, no hay razón para que entre los Estados parte en el Protocolo de Montreal y la capa de ozono, que cubre sus cielos, no se considere también que existe un vínculo suficiente.³⁸

B. La justificación con base en las condiciones de la cláusula introductoria

Las prohibiciones comerciales destinadas a los Estados no partes no representan, aparentemente, una discriminación arbitraria o injustificable entre países entre los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional, de forma contraria a lo dispuesto por el preámbulo del artículo XX del GATT. A esta conclusión llegó el grupo de trabajo *ad hoc* que durante las negociaciones del Protocolo de Montreal examinó la compatibilidad de sus disposiciones comerciales con las normas del GATT.³⁹ Aunque a la Secretaría del GATT se le hizo llegar una copia de las disposiciones comerciales previstas a ser incluidas en el Protocolo de Montreal, no ha habido ningún pronunciamiento específico sobre si pueden o no justificarse este tipo de medidas.⁴⁰ No obstante, la Secretaría del GATT, de forma más general, en su informe de 1992, sostuvo que cualquier acuerdo multilateral sobre el medio ambiente que aspire a ser compatible con GATT no puede discriminar entre par-

³⁸ Véase informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 31, párrafo 133.

³⁹ Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts for the Preparation of a Protocol on Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (Vienna Group), *Report of the Ad Hoc Working Group on the Work of his Second Session*. UNEP/WG. 167/2, 4 marzo 1987, p. 22.

⁴⁰ Twum-Barina, R. y Campbell, L. B., *op. cit.*, nota 26, p. 62.

tes y no partes.⁴¹ Ya que las prohibiciones comerciales se aplican únicamente a los países no partes que no cumplen con los aspectos sustantivos del Protocolo de Montreal y no dependen en realidad de su condición de no parte, es posible decir que no discriminan arbitrariamente.⁴²

La exigencia de realizar negociaciones de buena fe para lograr soluciones a los problemas ambientales que afectan a más de dos Estados antes de la aplicación unilateral de una medida ha sido considerada necesaria por el órgano de apelación para que evitar que una restricción reciba el calificativo de discriminación arbitraria o injustificada.⁴³ Ya que las medidas del tipo que nos ocupan no son, desde la perspectiva de los Estados no partes, estrictamente multilaterales,⁴⁴ los países parte en el Protocolo de Montreal deberán entablar negociaciones de buena fe con los Estados no partes si no quieren correr el riesgo de no obtener la calidad de excepción.⁴⁵ Adicionalmente, dado que para evitar las prohibiciones comerciales el Protocolo exige a los Estados no partes el acatamiento de los programas de reducción escalonados de los Estados parte, no está claro hasta qué punto se pueda considerar una medida coercitiva cuya discriminación será injustificable por falta de flexibilidad. El órgano de apelación ya ha determinado que una medida de estas características es injustificable y no hay duda de que el

⁴¹ Group on Environmental Measures and International Trade, *General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment*. GATT Doc. 1529, febrero 13, 1992, p. 2.

⁴² Baker, B., "Protection, Not Protectionism: Multilateral Environmental Agreements and the GATT", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, octubre 1993, p. 440; Twum-Barina, R. y Campbell, L. B., *op. cit.*, nota 26, p. 65. Diversos expertos en comercio internacional consideraron que la discriminación no tendría lugar del todo si las restricciones aplicables a los Estados no partes del Protocolo de Montreal no se aplicaban a los Estados no partes que pudieran demostrar que cumplían cabalmente con las medidas de control dispuestas por el acuerdo. Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts for the preparation of a Protocol on Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention ..., *cit.*, nota 39, p. 22.

⁴³ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 31, párrafo 172; véase Condon, B., "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, primavera 2002, p. 556.

⁴⁴ Véase Demaret, P., "TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT", en Cameron, J., *et al.* (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, vol. I, Londres, Cameron May Ltd., 1994, pp. 52 y 59.

⁴⁵ No obstante, es posible que la exigencia de "negociar" no sea aplicada en aquellos casos en que se vean involucrados los Estados que participaron en las negociaciones del Protocolo de Montreal pero que al final decidieron no vincularse. Goh, G., "The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border", *Journal of World Trade*, vol. 38, núm. 3, p. 417.

Protocolo de Montreal exige a los Estados no partes la adopción del mismo programa de protección que el de los Estados parte.⁴⁶

Si se determina que entre los países parte y no partes no prevalecen las mismas condiciones la discriminación podría estar justificada. Para algunos autores, los países que cumplen con el Protocolo operan bajo un régimen estricto que afecta su economía y su comercio. Estas condiciones, en su opinión, no prevalecen en los países que no son parte y que no cumplen con el Protocolo.⁴⁷ Sin embargo, lo cierto es que el OSD de la OMC aún no ha precisado qué “elementos” se valoran para determinar si entre dos Estados prevalecen las mismas condiciones. Por último, este tipo de medidas no son restricciones encubiertas del comercio internacional prohibidas por preámbulo del artículo XX. La importancia de los objetivos perseguidos por el Protocolo y su amplia membrecía sugieren que, salvo prueba en contrario, las prohibiciones establecidas no esconden motivaciones proteccionistas.⁴⁸

⁴⁶ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones ...*, *cit.*, nota 31, párrafo 163.

⁴⁷ Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT...”, *cit.*, nota 25, p. 900. Sin embargo, el órgano de apelación ha dicho que la discriminación tiene lugar cuando no se toman en cuenta las diferencias entre los posibles países afectados. Si la situación económica es determinante para juzgar si entre dos países prevalecen las mismas condiciones, entonces algunas consideraciones deberán tenerse en cuenta cuando se apliquen restricciones comerciales a los Estados que no son parte en el Protocolo y son países en vías de desarrollo. El Protocolo de Montreal no distingue entre países desarrollados y países en vías de desarrollo al exigir que los que no son parte cumplan con sus disposiciones para poder comerciar con los Estados parte. Sin embargo, da un trato preferente a los Estados parte en desarrollo: en algunos casos se han concedido periodos de gracia y, además, tienen la posibilidad de optar por la ayuda del mecanismo de financiación del acuerdo. Por lo tanto, cuando se examine el cumplimiento o no de los países en desarrollo no partes que desean comerciar con los Estados parte, no sólo se les deberá aplicar el trato preferente de los países en desarrollo que si son partes, sino que, además, se deberá tomar en cuenta que, a diferencia de éstos, no tienen acceso a un mecanismo de financiación. En caso contrario, la medida puede considerarse contraria al preámbulo por no tomar en cuenta las condiciones especiales de este tipo de países. Artículo 5o. del Protocolo de Montreal. Véase también sobre el trato preferente a los países menos desarrollados en el Protocolo de Montreal. Ling, B., *op. cit.*, nota 15, pp. 91-126. Para un análisis del mecanismo de financiación del Protocolo de Montreal véase Stone, C. D., “A Study of the Financial Mechanism of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer”, *Environmental Layer*, vol. 9, febrero 2003, pp. 399-461.

⁴⁸ Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT...”, *cit.*, nota 25, p. 901; Baker, B., “Protection, Not Protectionism: Multilateral Environmental Agreements ...”, *cit.*, nota 42, p. 463.

Ahora bien, las restricciones comerciales en los AMUMA no siempre son absolutas, en algunos casos, son sólo parciales.

II. LAS LIMITACIONES COMERCIALES PARCIALES: EL CASO DE LOS SISTEMAS DE LICENCIAS

El comercio no siempre tiene un impacto directo en el medio ambiente, con frecuencia, sólo una parte del mismo representa un peligro. Por lo tanto, algunos AMUMA utilizan sistemas de licencias o certificaciones para limitar únicamente el comercio ambientalmente nocivo sin afectar los flujos comerciales de los productos sin impactos ambientales.⁴⁹ Su funcionamiento es sencillo, sólo los portadores de una licencia o certificación pueden comerciar con el producto regulado, y para obtenerla deben cumplir ciertas condiciones fijadas por el país importador o exportador, según sea el caso.⁵⁰ Por la importancia de los elementos ambientales que protege y por ser uno de los AMUMA con mayor número de Estados parte, hemos elegido para examinar los posibles límites que imponen las normas de la OMC a las licencias comerciales las disposiciones aplicables de la Convención Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).⁵¹

CITES permite el comercio de especies silvestres a través de un sistema de licencias, siempre y cuando el comercio no amenace la supervi-

⁴⁹ Los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de un sistema de licencias o certificaciones son el Convenio de Estocolmo en su artículo III.2, b), iii); el CIPF en su artículo V.1; el Protocolo de Montreal en su artículo 4. B. La Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos (CCRVMA), hecha en Canberra el 20 de mayo de 1980 (*BOE*, del 25 de mayo de 1985, núm. 125), no contiene disposiciones comerciales, pero a través de su órgano de gestión se han adoptado medidas de conservación que incluyen la incorporaciones de un sistema de certificaciones comerciales. Véase Sistema para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por barcos de partes no contratantes. CCRVMA Doc. Medida de Conservación 10-07 (2003).

⁵⁰ 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. El texto de la convención y de sus enmiendas está disponible en línea: www.ippc.int

⁵¹ CITES (*BOE*, 30 de julio de 1986, núm. 181).

vencia de los animales.⁵² El sistema de licencias para regular el comercio de especies que están o pueden estar en peligro de extinción es de particular importancia para lograr los objetivos de CITES. Los requisitos de las especies objeto de comercio dependen del apéndice en el que se ubiquen. Los criterios para enlistar una especie en el Apéndice I o II se relacionan con aspectos de su estatus biológico como el tamaño de la población y ámbito geográfico.⁵³ Las especies del apéndice I son aquéllas que están amenazadas de extinción y que están o pueden ser afectadas por el comercio.⁵⁴ Las especies del apéndice II son aquéllas que, aunque no necesariamente están amenazadas, pueden llegar a estarlo si no se regula su comercio.⁵⁵ El Apéndice III permite a los países señalar especies que desean proteger por medio de control comercial con la ayuda de otras partes en el convenio.

1. Los requisitos para la obtención de licencias comerciales: CITES

El comercio de especies del Apéndice I requiere tanto un permiso de exportación como de importación. El permiso de exportación será concedido si una autoridad científica del Estado de exportación certifica que la supervivencia de la especie no se verá perjudicada y si una autoridad administrativa del país exportador ha verificado que: *a)* el espécimen no se ha obtenido en contravención a la legislación vigente; *b)* el espécimen será transportado de manera que se minimicen los riesgos de heridas, deterioro de la salud o maltrato, y *c)* un permiso de importación ha sido concedido.⁵⁶ Antes de otorgar un permiso de importación el país importador debe determinar que: *1)* la importación no será en detrimento de la supervivencia de la especie; *2)* el recipiente de la especie debe ser adecuado para no hacerle daño; *3)* el espécimen no podrá ser utilizado principalmente para propósitos comerciales.⁵⁷ El comercio de especies en-

⁵² *Ibidem*, artículo III, párrafo 2, inciso *a* y artículo IV, párrafo 2, inciso *a*.

⁵³ *Ibidem*, artículo II.

⁵⁴ *Ibidem*, artículo II, párrafo 1.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 2.

⁵⁶ *Ibidem*, artículo III, párrafo 2.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 3 Las partes en CITES han interpretado “principalmente propósitos comerciales” de forma amplia e incluye cualquier transacción que no sea completa-

listadas en los apéndices II y III también precisan la obtención de un permiso de exportación sujeto a las mismas condiciones exigidas para las especies del apéndice I, con excepción de la condición de obtener un permiso de importación.⁵⁸ Adicionalmente, el comercio de especies del apéndice III, cuando no son reexportadas, requiere la presentación de un certificado de origen.⁵⁹

CITES permite el comercio de especies enlistadas en cualquiera de los tres apéndices con Estados que no son parte en el convenio si presentan documentos comparables que cumplan sustancialmente con los requisitos de los permisos y certificados exigidos para los Estados parte, siempre que hayan sido emitidos por las autoridades gubernamentales competentes del Estado no parte.⁶⁰

2. El estatus legal de la aplicación del sistema de licencias de CITES en el GATT

El GATT regula el intercambio comercial de bienes y, por lo tanto, sus disposiciones son aplicables a los límites comerciales que pudieran resultar por el sistema de licencias de CITES. La denegación a los Estados parte o no partes de un permiso de importación o exportación para las especies enlistadas en los tres apéndices de CITES contravendrían la prohibición a la aplicación de restricciones cuantitativas del artículo XI del GATT.⁶¹ En los casos de denegación de permisos de importación,⁶²

mente no comercial. CITES, Conference Resolution 5.10, *Definición de la expresión "con fines primordialmente comerciales"*. Puede consultarse en línea en: http://www.cites.org/esp/resols/5/5_10.shtml.

⁵⁸ *Ibidem*, artículo IV, párrafo 2 y, artículo V, párrafo 2.

⁵⁹ *Ibidem*, artículo V, párrafo 3.

⁶⁰ Artículo X de CITES.

⁶¹ Las licencias son uno de los ejemplos de restricciones cuantitativas prohibidas por el artículo XI del GATT. Véase también Wen-Chen, S., "Multilateralism and the Case of Taiwan in the Trade Environment Nexus: The Potential Conflict between CITES and GATT/WTO", *Journal of World Trade*, vol. 30, núm. 3, junio 1996, p. 132.

⁶² Las licencias de importación también deberán cumplir las disposiciones del Acuerdo sobre el Procedimiento para el Trámite de Licencias de Importación diseñado para evitar las distorsiones al comercio cuando dichos procedimientos están permitido por el GATT. En esencia, estas disposiciones intentan evitar la discriminación al exigir que los procedimientos para el trámite de licencias de importación sean aplicados de manera neutral y administrados equitativamente (artículo 1.3); simplificados (artículo 1.5), y publi-

tanto entre partes como no partes, si el comercio de las especies domésticas similares está prohibido, pueden ser considerara una medida interna⁶³ aplicada en el punto de importación⁶⁴ permitida por el artículo III (4) del GATT.⁶⁵ Esta disposición permite aplicar a los productos importados las mismas restricciones que a los productos domésticos similares.

La violación del artículo III se puede presentar cuando los niveles de amenaza de una misma especie son distintos en el país importador y exportador, permitiéndose el comercio de ejemplares domésticos y prohibiéndose el comercio de ejemplares extranjeros. Un país puede tener una población sana y abundante de una especie que peligrá en otros países.

cada la información relativa al procedimiento (artículo 1.4, a). El texto de este acuerdo puede consultarse en *Los resultados de la Ronda de Uruguay...*, cit., nota 4, pp. 266-274.

⁶³ Para que una medida pueda considerarse interna y, por lo tanto, ser examinada con base en el artículo III (4) del GATT es necesario que el reglamento, impuesto o prescripción se aplique tanto al producto nacional como al importado. En algunos casos, se ha argumentado que las restricciones a la importación, como en el caso podría ser la denegación de un permiso de importación, no pueden considerarse una medida interna, ya que, por su naturaleza, no es susceptible de ser aplicada a los productos domésticos similares. Sin embargo, los grupos especiales han considerado que cuando tanto la restricción a la importación como otras medidas aplicadas a los productos domésticos tienen un mismo objetivo o tiene un efecto similar pueden ser consideradas como dos manifestaciones de una misma prescripción o reglamento interno. Por ejemplo, una prohibición doméstica de venta y una restricción a la importación pueden ser consideradas como dos manifestaciones de una prescripción interna que tiene por finalidad prohibir la comercialización de la mercancía en cuestión. Véase el informe del grupo especial que se ocupó del asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/R, 18 de septiembre de 2000, párrafos 8.91-8.95.

⁶⁴ En algunos casos se ha sostenido que las prohibiciones a la importación, como en el caso puede ser la denegación de una licencia de importación, no es una medida que se aplique al momento o en el lugar de la importación. Sin embargo, estos argumentos no han sido considerados suficientes por los grupos especiales para negar la calidad de medida interna a las prohibiciones a la importación. *Ibidem*, párrafo 8.96.

⁶⁵ El artículo III del GATT no es aplicable en materia de exportaciones, por lo tanto, la denegación de licencias de exportación son analizadas en el contexto del artículo XI exclusivamente. Véase también Charnovitz, S., “Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures”, *Tulane Environmental Law Journal*, verano 1994, vol. 7., p. 345; Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT...”, cit., nota 25, pp. 874 y 875. Reconociendo que las prohibiciones a la importación pueden ser analizadas en el contexto del artículo III del GATT véase el informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R, del 12 de marzo de 2001, párrafo 8.99.

Puede suceder también que, en el ámbito doméstico, se dé un trato comercial distinto a los animales salvajes que a los que provienen de criaderos en cautividad, ya que el comercio de estos últimos no representa una amenaza para supervivencia de la especie en su medio salvaje.⁶⁶ Si los especímenes extranjeros y los domésticos son considerados “productos similares” el trato comercial distinto contravendría el principio de trato nacional del artículo III del GATT. Así, la cuestión a resolver es si el artículo III permite distinguir entre animales de la misma especie dependiendo de su estatus biológico (grado de amenaza de las poblaciones) en el país importador y exportador.⁶⁷ El órgano de apelación ha valorado, al analizar el criterio de las propiedades físicas,⁶⁸ que dos productos con distintos efectos en la salud no eran similares.⁶⁹ Si a las diferencias en el estatus biológico de los especímenes se le da la misma importancia que a los riesgos para la salud sería posible considerarlos como productos no similares, eliminando cualquier violación del artículo III.

⁶⁶ El índice de reproducción de los especímenes criados en cautividad es proporcionalmente mayor que el de las especies salvajes. Un medio ambiente controlado en el que tienen alimento seguro y que les proporciona protección de depredadores les permite llegar con mayor facilidad a la edad reproductiva. Las crías a su vez ayudan a incrementar la población. Las razones anteriores son las que se utilizan para justificar un trato comercial distinto entre especímenes silvestres y los criados en cautividad. Véase Favre, D. S., *Internacional Trade in Endangered Species: A Guide to CITES*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 205-206. El Convenio CITES en su artículo VII (4) expresamente dispone que cuando un espécimen del Apéndice I es criado en cautividad para fines comerciales será considerado como parte de una especie enlistada en el Apéndice II. En la práctica esto significa que el permiso de importación no es exigible, únicamente el de exportación.

⁶⁷ OECD, “Experience With the Use of Trade Measures in the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)”, *OCDE Working Papers*, vol. V, núm. 47, 1997, p. 55

⁶⁸ Los elementos de prueba que deben examinarse en los análisis de similitud de dos productos comprenden cuatro criterios: propiedades físicas; usos finales; gustos y hábitos del consumidor, y clasificación arancelaria. Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*, GATT, Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párrafo 18. El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue mencionado por el grupo de trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, sino que fue incluido por grupos especiales ulteriores. Véase, por ejemplo *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*. GATT Doc. (L/6216 - 34S/94) adoptado el 10 de noviembre de 1987, párrafo 5.6.

⁶⁹ *Cfr.* El informe del órgano de apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, OMC Doc. WT/DS135/AB/R, del 12 de marzo de 2001, párrafo 152.

Asimismo, en el caso de que un Estado miembro de la OMC concediera una licencia comercial a un miembro y se la negara a otro sobre dos animales de la misma especie argumentando diferencias en la amenaza para supervivencia, el juicio sobre su similitud sería determinante para valorar una posible violación del principio de la nación más favorecida del artículo I del GATT. En cualquier caso, las denegaciones de licencias contrarias a algún artículo del GATT podrían justificarse si se logran calificar como excepción con base en los incisos *b* o *g* del artículo XX.

3. *La justificación con base en las excepciones del artículo XX del GATT*

A. La justificación provisional con base en los incisos b y g del artículo XX

Los límites a la importación o exportación que pueden resultar de la aplicación del sistema de licencias de CITES pueden justificarse provisionalmente tanto en el inciso *b* como en el inciso *g* del artículo XX del GATT. Por un lado, son medidas destinadas a para proteger la vida y salud de los animales y para preservar los vegetales. El objetivo pretendido por CITES es aliviar la presión sobre la flora y la fauna generada que la demanda de especies en peligro de extinción canalizada a través del comercio internacional. En ese sentido, no parece haber opciones menos restrictivas para el comercio e igualmente eficaces para lograr los objetivos de CITES que las limitaciones comerciales derivadas del sistema de licencias en el convenio establecidas. Por lo tanto, puede decirse que satisfacen la prueba de *necesidad* del inciso *b* del artículo XX.

Para los efectos del inciso *g* del artículo XX del GATT, las limitaciones comerciales que surjan por la aplicación del sistema de licencias de CITES pueden considerarse aplicadas para lograr la conservación de recursos naturales agotables. Ya hemos mencionado que el término recurso natural agotable ha sido interpretado de forma muy amplia, quedando comprendidas dentro de esta noción todos los recursos que puedan ser llevados al borde de la extinción por las actividades humanas, incluidos los capaces de reproducirse.⁷⁰ Por otro lado, también puede considerarse

⁷⁰ El órgano de apelación textualmente ha dicho: "...sería difícil discutir la agotabilidad de las tortugas marinas ya que la totalidad de las siete especies reconocidas de tortu-

que estas limitaciones cumplen la condición de *ser relativas a* la conservación. Esto es así ya que la limitación comercial no parece ser desproporcionada, el nivel de cuidado que se representa en las condiciones para conceder las licencias depende del grado de amenaza que pese sobre las especies. Adicionalmente, no puede decirse que entre las limitaciones y el bien a proteger no exista una *auténtica relación* como ha sido exigido por el órgano de apelación al interpretar esta condición, toda vez que el comercio de especies amenazadas es uno de los factores que aceleran la desaparición de flora y fauna.⁷¹ Por último, la exigencia de aplicar restricciones conjuntas a la producción o consumo doméstico indica que será necesario que la comercialización de especies amenazadas esté regulada por el país importador para evitar que la denegación de un permiso de importación no logre justificarse provisionalmente en el inciso g. Sin embargo, hay que decir que CITES sólo ordena aplicar restricciones al comercio internacional y no al consumo doméstico. Como observa C. Wolf, este puede ser un obstáculo para que la justificación de este tipo de medidas.⁷²

Ahora bien, cuando se niega una licencia de importación para proteger una especie fuera del país importador puede decirse que se trata de una medida con efectos extraterritoriales. Aunque es poco probable que una diferencia entre partes en CITES surja por la denegación de un permiso de importación, no sucede lo mismo cuando la limitación comercial afecta a un Estado que no es parte. Aún no está claro si las medidas que buscan proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador pueden justificarse provisionalmente en los incisos mencionados. El órgano de apelación expresamente se ha negado a realizar un pronunciamiento que aclare esta cuestión. No obstante, ha hecho referencia a la necesidad de que exista un *vínculo suficiente* entre el país que aplica la medida y el bien ambiental a proteger. Aunque el órgano de apelación no precisa a qué clase de vínculo se refiere, el vínculo jurisdiccional fue la

gas marinas aparecen en la lista del Apéndice 1 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazada de Fauna y Flora Silvestres (CITES). La lista del Apéndice 1 incluye todas las especies *amenazadas de extinción* que son o pueden ser afectadas por el comercio.” (itálicas en el original). Informe del órgano de apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, *cit.*, nota 31, párrafo 132.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 136.

⁷² Wold, C., “Multilateral Environmental Agreements and the GATT...”, *cit.*, nota 25, p. 876.

base para resolver el asunto que se le planteaba.⁷³ Si los vínculos a los que se refiere el órgano de apelación son de naturaleza jurisdiccional, la denegación de licencias de importación para proteger especies en peligro en el país exportador no lograrán obtener la calidad de excepción con base en el artículo XX.

B. La justificación con base en las condiciones de la cláusula introductoria

Ya hemos mencionado que el preámbulo prohíbe la discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones y las restricciones encubiertas al comercio internacional. Aparentemente, la aplicación del sistema de licencias en CITES establecido no da lugar a la discriminación: independientemente del país de origen de los especímenes, las licencias comerciales son denegadas en todos aquellos casos en que la supervivencia de la especie en su medio salvaje pueda verse amenazada. Sin embargo, una vez más, lo más probable es que los problemas se presenten si dos ejemplares de una misma especie reciben un trato comercial distinto bajo el argumento de que el comercio de uno u otro tiene efectos desiguales sobre la supervivencia de la especie en el medio salvaje. Si las diferencias en la salud de las poblaciones de flora y fauna en los distintos países son tomadas en cuenta para determinar si entre los países en cuestión prevalecen las mismas condiciones, es posible que el sistema de licencias de CITES no sea calificado de discriminatorio.⁷⁴

Aun si el sistema de CITES es considerado discriminatorio puede justificarse como excepción si se determina que no es injustificado o arbitrario. El órgano de apelación ha expresado, de acuerdo con el principio 12 de la Declaración de Río, que las medidas multilaterales son más fácilmente justificables que las unilaterales. El problema es que el carácter multilateral de las medidas aplicadas para lograr los objetivos de CITES puede ser cuestionado desde el punto de vista del Estado que no es parte. Adicionalmente, aunque existe la idea generalizada de que las medidas

⁷³ Véase informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, cit., nota 31, párrafo 133.

⁷⁴ Se debe considerar también si el hecho de que un Estado tenga criaderos en cautiverio y otro no afecta la determinación sobre si entre estos Estados prevalecen las mismas condiciones.

específicas previstas en los AMUMA aplicadas entre partes deberían considerarse compatibles con las normas de la OMC, para las medidas aplicadas a Estados no partes, aunque sean específicas, no se pide la misma consideración.⁷⁵ Para una persona con sensibilidad por el medio ambiente la denegación de licencias basadas en el estatus biológico de la flora y fauna no parecerá injustificada o arbitraria aunque se aplique a Estados que no son parte en CITES. Sin embargo, no está claro que el OSD de la OMC considerará el estatus biológico de las especies al aplicar las condiciones del preámbulo. En el caso *Camarón-Tortugas* Estados Unidos había argumentado que, si una medida establece una diferencia entre países basada en una justificación legítimamente conectada con la política de la excepción del artículo XX y no por razones proteccionistas, la medida no supone un abuso de la excepción. El órgano de apelación rechazó este argumento diciendo que el objetivo de la medida no puede ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX. Para el órgano de apelación el objetivo de la medida se toma en cuenta en el momento de determinar si se justifica provisionalmente en los incisos *b* o *g*, y no cuando se pretende determinar si constituye un uso indebido de la excepción conforme al preámbulo.⁷⁶ Si el análisis sobre la posible arbitrariedad o justificación de la denegación de licencias no toma en cuenta el objetivo de la medida, en este caso la protección de la flora y fauna, difícilmente será considerada compatible con el preámbulo del artículo XX.⁷⁷

⁷⁵ La Comunidad Europea, por ejemplo, ha sostenido que, en términos generales, las medidas adoptadas para lograr los objetivos de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, como CITES, deberían considerarse conformes con el artículo XX del GATT. Véase informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 31, párrafo 72. Demostrando que las medidas comerciales entre partes y no partes no reciben el mismo trato véase por ejemplo el apartado i) del párrafo 31 y párrafo 32 de la Declaración Ministerial de Doha, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/W/1. También véase *Comunicación de Japón sobre la relación entre las normas vigentes de las OMC y las medidas comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente*, OMC Doc. TN/TE/W/10, del 3 de octubre de 2002, párrafos I. 3 y 4.

⁷⁶ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 31, párrafo 149.

⁷⁷ Gaines, S., “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 22, verano 2001, p. 780.

Por otro lado, la falta de flexibilidad ha sido considerada como otro aspecto para determinar que una medida es injustificada. En el caso *Camaron-Tortugas* el órgano de apelación sostuvo que la medida analizada, en la práctica, era rígida e inflexible, en suma, coercitiva, pues se exigía a otros miembros de la OMC que adoptaran un programa reglamentario no simplemente *comparable*, sino *esencialmente el mismo* que el que se aplica a los arrastreros estadounidenses.⁷⁸ En el sistema de licencias de CITES a los países no partes no se les exige seguir una política de protección de la flora y fauna en particular y, además, se les permite aportar documentos comparables que conformen sustancialmente los requisitos exigidos a los Estados que sí son partes.⁷⁹ Por lo tanto, en principio, la exigencia de flexibilidad no parece ser un obstáculo su justificación. Por último, ya que las limitaciones comerciales que en el caso nos ocupan se adoptan con base en un acuerdo multilateral del medio ambiente se presume, salvo prueba en contrario, que no son una restricción encubierta al comercio internacional.

Conjuntamente con las medidas de reglamentación y control, como las prohibiciones o los controles cuantitativos, los instrumentos basados en los precios, por ejemplo los impuestos, normalmente son utilizados por los Estados para lograr sus objetivos de política general pública, incluidos los de protección del medio ambiente.

III. LOS INSTRUMENTOS FISCALES EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Para los economistas, cuando se trata de proteger el medio ambiente, los instrumentos basados en los precios son preferibles a las medidas de reglamentación y control. En su opinión, los elementos ambientales están infravalorados y tienden a ser sobre explotados, situación que interpretan como un fallo de mercado, ya que los precios no reflejan los daños ambientales.⁸⁰ La aplicación de impuestos puede servir para corregir este fallo de mercado al elevar el precio por el uso de los recursos natu-

⁷⁸ Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *cit.*, nota 31, párrafo 163.

⁷⁹ Artículo X de la CITES.

⁸⁰ CCMA, *Cargas e impuestos aplicados con fines ambientales – Ajustes fiscales en frontera*, OMC Doc. WT/CTE/W/47 2 de mayo de 1997, párrafo 2 A).

rales. De esta manera, de conformidad con el principio de quien contamina paga, los impuestos permiten trasladar a los productores o consumidores de un bien el coste de los daños ambientales por éste generados.⁸¹ Esto a su vez puede servir para inducir a los productores a elaborar bienes con menores impactos en el medio ambiente.⁸² A los instrumentos fiscales utilizados para favorecer las políticas de protección ambiental normalmente se les denomina “ecoimpuestos” o “impuestos ambientales”.⁸³ Aunque muchos AMUMA reconocen a sus Estados parte cierta libertad para elegir el tipo de medidas que pueden utilizar para favorecer sus objetivos, el Protocolo de Kioto⁸⁴ es uno de los pocos acuerdos que cita textualmente a los incentivos fiscales entre las medidas que los Esta-

⁸¹ Los economistas llaman *externalidades negativas* al fallo de 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. Se dice que cuando el costo ambiental es absorbido por el productor y reflejado en el precio las externalidades negativas se *internalizan*. OECD: *Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, París, Organization of Economic Cooperation and Development, mayo 1972. Council Document no. C(72)128. El principio 16 de la Declaración de Río promueve la internalización diciendo que el que contamina debe en principio cargar con los costos de contaminación. Véase *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, hecha en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992. (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁸² Patterson, C. D., “Environmental Taxes and Subsidies: What is the Appropriate Fiscal Policy for Dealing with Modern Environmental Problems?”, *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 24, invierno 2000, p. 133.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Con el fin de estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero, en 1992 se adoptó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC). El convenio divide a los países parte de tres formas: las partes del Anexo I (países industrializados, incluidos los países OCDE); las partes del Anexo II (países OCDE) y las partes no Anexo I (países en vías de desarrollo). Todos los países deben cumplir con algunas obligaciones generales, por ejemplo, la implementación de programas nacionales para hacer frente al cambio climático. Sin embargo, de conformidad con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, sólo los países Anexo I están sujetos a compromisos específicos de reducción de emisiones —reducir las emisiones a los niveles 1990 para el año 2000—. Ahora bien, los compromisos de los países Anexo I a ser cumplidos después del año 2000 se establecieron en la primera sesión de la Conferencia de las Partes. En la tercera Conferencia de las Partes, el Protocolo de Kioto fue adoptado y se fijaron, en el Anexo B, los compromisos de reducción de emisiones que los países Anexo I deberán cumplir individualmente entre 2008-2012. Véase la CMNUCC, del 9 de mayo de 1992 (*BOE*, 01 de febrero de 1994, núm. 27); Protocolo de Kioto, del 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, del 08 de febrero de 2005, núm. 33).

dos parte pueden adoptar, sin estar obligados a hacerlo, para el logro de sus objetivos y, por tal razón, utilizamos sus disposiciones para analizar la posible compatibilidad de este tipo de medidas con las normas de la OMC.⁸⁵ Efectivamente, para lograr los compromisos asumidos en virtud del Protocolo de Kioto diversos países desarrollados aplican impuestos para incentivar la eficiencia energética y disminuir la emisión de gases que contribuyen al cambio climático.⁸⁶ Cuando estos impuestos afectan al comercio internacional, las normas de las OMC, particularmente el GATT, son aplicables.⁸⁷

⁸⁵ Aunque el texto del Protocolo de Montreal no hace una referencia expresa al uso de los impuestos ambientales para favorecer el logro de sus objetivos algunos Estados parte, particularmente de la Comunidad Europea, han considerado la aplicación de impuestos ambientales en este contexto. Nicholson, J. B., "European Economic Community-Environmental Policy-Economic and Fiscal Instruments-Report of the Working Group of Experts from the Member States Proposes the Use of Economic and Fiscal Instruments to Attain Community-Wide Environmental Goals", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, 1991, pp. 285-306; Renzulli, J., "The Regulation of Ozone-Depleting Chemicals in the European Community", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 14, verano de 1991, pp. 345-358.

⁸⁶ Climate Change Secretariat, "Good practices" in policies and measures among Parties included in Annex I to the Convention. Report by the Secretariat. FCCC/SBSTA/2002/INF.13 9 octubre 2002, p. 29. Los gases del efecto invernadero son: el dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC), hexafluoruro de azufre (SF₆).

⁸⁷ No hay duda de que cuando los impuestos para hacer frente al cambio climático gravan a los productos el acuerdo aplicable es el GATT. Por ejemplo, los impuestos a los automóviles con base en su consumo de combustible, a los refrigeradores con base en su eficiencia energética, a los combustibles con base en su contenido de carbono. La cuestión no está tan clara cuando se trata de gravar el consumo de electricidad. Las normas de la OMC no aclaran si la electricidad es un producto o un servicio. Para J. Jackson la historia legislativa demuestra que los países negociadores del GATT percibían la energía como un servicio. Jackson, J., *World Trade and the Law of GATT*, Charlottesville, The Michie Company, 1969, p. 745. Sin embargo, como observa S. Charnovitz, la práctica comercial desde entonces ha evolucionado y se ha tratado la energía como un producto. Charnovitz, S., "Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies" en Varios Autores, *Beyond Kyoto: Advancing the International Effort Against Climate Change*, Pew Center on Climate Change, 2003, pp. 141-170, p. 6. En el mismo sentido Pierros, P. X. y Nüesch, S., "Trade in Electricity: Spot On", *Journal of World Trade*, vol. 34, núm. 4, 2000, pp. 98 y 99.

1. *Las medidas de implementación doméstica del Protocolo de Kioto: las cargas o impuestos al carbón o energía*

El Protocolo de Kioto contiene una lista de ejemplos, no exhaustiva y no vinculante, de instrumentos de política que pueden ser aplicados domésticamente⁸⁸ para que las partes Anexo I puedan cumplir con sus compromisos de disminución de emisiones.⁸⁹ El recurso a los instrumentos de mercado está previsto en la lista. En virtud de que las emisiones de dióxido de carbono por la combustión de energías fósiles representan más del 75 por ciento de las emisiones de gases efecto invernadero de los países desarrollados,⁹⁰ los instrumentos de mercado normalmente adoptan la forma de cargas o impuestos relacionados con el contenido o emisión de carbono y la eficiencia energética.⁹¹ Por ejemplo, con los impuestos sobre el carbono que contienen los combustibles fósiles, los gobiernos pueden gravar las mercancías basándose en la medida en que éstas contribuyen a la emisión de gases de efecto invernadero.⁹² Del mis-

⁸⁸ Para cumplir con las disposiciones del Protocolo de Kioto las partes pueden adoptar medidas en el ámbito doméstico o en el ámbito internacional. Las primeras son medidas destinadas a regular la producción y consumo nacionales a través de instrumentos que pueden adoptar distintas formas. Este tipo de medidas puede afectar el comercio en algunos casos, por ejemplo, cuando se intenta aplicar a los productos importados los impuestos sobre consumo de energía que se cobran a los productos nacionales. Las normas de la OMC son en este supuesto aplicables. Las medidas de ámbito internacional son complementarias a las nacionales o domésticas y no pueden adoptarse solas. Este tipo de medidas se aplican en el extranjero a través de lo que se conoce como los mecanismos de flexibilidad del acuerdo y son: cumplimiento conjunto, mecanismo de desarrollo limpio y comercio de unidades de emisión. Véanse artículos 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 12, 17 del Protocolo de Kioto.

⁸⁹ Artículo 2o., párrafo 1, inciso A, número romano V.

⁹⁰ Intergovernmental Committee for a Framework Convention on Climate Change, *Compilation and Synthesis of National Communications from Annex 1 Parties*, Nueva York, Naciones Unidas, diciembre 1994, (A/AC.237/81).

⁹¹ Si la emisión de dióxido de carbono tiene lugar durante la producción, desde una perspectiva de la eficiencia económica, el impuesto debe ser aplicado a los productores. Sin embargo, por razones de competencia los impuestos pueden ser trasladados a la etapa de consumo. National Board on Trade, *Climate and Trade Rules – Harmony or Conflict*, Estocolmo, Kommerskollegium, 2004, p. 22.

⁹² Comité de Comercio y Medio Ambiente Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria – *Los impuestos, subvenciones e incentivos a la energía en los*

mo modo, los impuestos aplicados a los automóviles con base en los niveles de consumo de combustible permiten a los gobiernos inducir a la industria automotriz a desarrollar tecnologías más eficientes reduciendo al mismo tiempo los niveles de emisión de gases contaminantes.⁹³ Otra posibilidad es la aplicación de impuestos basados en el consumo de energía utilizada en la etapa de producción, por ejemplo, los impuestos aplicados al consumo de energía en la producción de aluminio.⁹⁴

Mientras los impuestos se apliquen únicamente a los productos nacionales las normas de la OMC no son ningún obstáculo. Sin embargo, para nivelar las condiciones de competencia, lo más probable es que los gobiernos intenten extender a los productos importados los impuestos aplicados a los productos nacionales similares.⁹⁵ Del mismo modo, los productos nacionales al ser exportados probablemente serán exonerados de algunos impuestos domésticos para evitar que pierdan competitividad en el exterior. Estos dos últimos supuestos constituirían lo que en el contexto del GATT se conoce como los ajustes fiscales de frontera.

A. El ajuste fiscal de frontera y las disposiciones del artículo III del GATT

Los ajustes fiscales de frontera son una práctica comercial que se basan en el principio del país de destino y que consiste, por un lado, en permitir imponer a los productos importados los impuestos *indirectos* que aplica a los productos nacionales similares y, por otro lado, permite exonerar a los productos nacionales que habrán de ser exportados de los impuestos *indirectos* domésticos, esto con el fin de evitar que sean doblemente gravados. Los impuestos *indirectos* tienen conexión directa con

países de la OCDE y sus consecuencias económicas y comerciales para los países en desarrollo, en particular, para los países en desarrollo productores y exportadores de petróleo, OMC Doc. WT/CTE/W/215, TN/TE/W/9 23 de septiembre de 2002.

⁹³ La aplicación de impuestos de este tipo ya ha dado lugar a diferencias entre socios comerciales en el contexto del GATT. Véase informe del grupo especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*. (Informe no adoptado). GATT Doc.DS31/R, distribuido el 11 de octubre de 1994.

⁹⁴ Hoerner, J. A. y Muller, F., *Carbon Taxes for Climate Protection in a Competitive World*, Environmental Tax Program of the Center for Global Change University of Maryland College Park, junio 1996, p. 26.

⁹⁵ *Idem*.

los productos y son cubiertos por el consumidor final, por ejemplo, los impuestos sobre la venta. Los impuestos *directos* tienen relación con la producción o los productores y son pagados por estos últimos, por ejemplo, los impuestos sobre la renta.⁹⁶ Así, al ser indirectos, los impuestos sobre el carbono que contienen los combustibles fósiles y los impuestos aplicados a los automóviles con base en los niveles de consumo de combustible estarían permitidos por la práctica descrita.

Por otro lado, aunque no son precisamente directos, no está claro que los impuestos basados en el consumo de energía utilizada en la etapa de producción estén permitidos; es decir, los impuestos sobre insumos no presentes físicamente en el producto final.⁹⁷ El artículo III.2 del GATT prohíbe que los productos importados estén sujetos a impuestos u otras cargas que sean superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. J. A. Hoerner y F. Muller sostienen que, al referirse a los impuestos aplicados indirectamente, la disposición anterior parece permitir los ajustes de frontera para equilibrar las cargas sobre insumos no presentes en el producto final.⁹⁸ La historia legislativa del artículo III parece dar apoyo a estos razonamientos.⁹⁹ Sin embargo, como reconocen

⁹⁶ Informe de 1970 del *grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera...*, *op. cit.*, párrafo 14. Véase también J. Jackson, *The World Trading System*, 2a. ed., Londres, The MIT Press, 1997, pp. 218-221.

⁹⁷ Es verdad el GATT no impide a sus partes imponer en cualquier momento sobre la importación de un producto una carga equivalente a un impuesto interior aplicado a un producto nacional similar o a una mercancía que haya servido, en todo o en parte, para fabricar el producto importado (artículo II, párrafo 2, inciso *a* del GATT). Según algunas decisiones de los grupos especiales los ajustes fiscales de frontera son aplicables, en principio, a cualquier ingrediente presente en el producto importado. El monto del impuesto debe determinarse con base en la cantidad del producto regulado domésticamente presente en el producto final, no en la cantidad del producto final como un todo pues también puede estar compuesto de otros productos. Véase informe del grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*. GATT Doc. L/6175 – 34S/157, adoptado el 17 de junio de 1987, párrafo 5.2.7. Sin embargo, aún no se sabe si son aplicables también a los productos utilizados en el proceso de manufactura o producción que no están presentes en la mercancía final como el uso de energía. D. Brack, *et al.*, *International Trade and Climate Change Policies*, Londres, The Royal Institute of International Affairs & Earthscan Publications Ltd., 2000, pp. 81, 83 y 84.

⁹⁸ Hoerner, J. A. y Muller, F., *op. cit.*, nota 94, pp. 27 y 28.

⁹⁹ Existe evidencia de que las naciones negociadoras del GATT de 1947 utilizaron el término “indirectamente” refiriéndose no sólo al impuesto aplicado al producto en sí mis-

los citados autores, en la práctica, la historia legislativa del artículo III no ha sido tomada en cuenta para resolver las dudas antes planteadas. Por ejemplo, el Informe de 1970 del Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera, citado con frecuencia por la jurisprudencia del GATT/OMC, dejó sin respuestas la aplicabilidad de los ajustes de frontera de los denominados “impuestos ocultos”, entre los que citó como ejemplo la energía utilizada en las etapas de producción.¹⁰⁰ Adicionalmente, no hay jurisprudencia que aporte claridad a esta cuestión.¹⁰¹ Otro aspecto sobre los ajustes de frontera que puede generar algunos problemas con las normas de la OMC son las exenciones o los reembolsos de impuestos a los productos nacionales que habrán de ser exportados. Como observa S. Charnovitz, si un gobierno generalmente aplica un alto impuesto a la energía pero exime del pago a algunas industrias, la exención puede ser considerada como una subvención específica y, si exceptúa del pago a las indus-

mo, sino también el aplicado a su elaboración. GATT, *Índice analítico: guía de las normas y Usos del GATT*, 6a. edición actualizada, Ginebra, OMC, 1995, p. 154.

¹⁰⁰ En la definición de “impuestos ocultos”, el grupo de trabajo se refirió a una definición de la OCDE como impuestos al consumo en equipo de capital, materiales auxiliares y servicios utilizados en el transporte y producción de otros bienes gravables. Entre los ejemplos se citó a los impuestos sobre publicidad, energía, maquinaria y transportes. Véase Informe de 1970 del Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*, GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párrafo 15. Por otro lado, es interesante mencionar que durante las labores del grupo de trabajo algunos representantes opinaron que los impuestos no presentes en el producto final, como la energía consumida en la fabricación, no estarían permitidos bajo la práctica de ajustes fiscales de frontera. GATT, *Índice analítico ...*, *op. cit.*, nota 90, p. 159.

¹⁰¹ Para G. Goh, el informe del grupo especial en el asunto *Argentina – Piel de bovino y cueros acabados*, a pesar de no analizar un impuesto sobre insumos no presentes en el producto final, aportan cierto apoyo al argumento de que los ajustes fiscales de frontera pueden serles válidamente aplicados. El grupo especial dijo que la primera frase del artículo III.2 exige una comparación de cómo se aplican las cargas fiscales a los productos importados y nacionales, y no un análisis meramente nominal de los impuestos. Véase Informe del grupo especial en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*. OMC Doc. WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000, párrafos 11.182-11.184. G. Goh, por lo tanto, considera que, mientras las cargas fiscales aplicadas a los productos importados no sean más excesivas que las aplicadas a los productos nacionales, el ajuste estaría permitido. Goh, G., “The World Trade Organization, Kyoto ...”, *cit.*, nota 45, p. 406. Sin embargo, el hecho de que en el caso no se estuvieran analizando impuestos sobre insumos no presentes en el producto final genera ciertas dudas de que en la práctica el OSD interpretaría el artículo III.2 y las normas sobre ajustes de frontera de la misma forma.

trias exportadoras, puede ser considerada un subsidio a la exportación, en ambos casos es posible que se consideren contrarias al Acuerdo Subvenciones y Medidas Compensatorias.¹⁰² Ahora bien, los impuestos sobre eficiencia energética que puedan ser ajustados en la frontera deberán satisfacer, como cualquier otro impuesto interno, las exigencias del artículo III del GATT.

*B. Conformidad con el artículo III del GATT
de los impuestos domésticos sobre carbono
y energía aplicados a los productos importados*

En principio, si los impuestos domésticos, por ejemplo, un impuesto a los automóviles con base en el consumo de combustible, son aplicados de una forma neutral respecto del origen de los productos -aunque graven a los productos importados similares- pueden considerarse compatibles con el artículo III del GATT. Sin embargo, cuando los automóviles importados se ven más afectados por el impuesto sobre consumo de combustible que los automóviles producidos nacionalmente -aunque la medida sea neutral respecto del origen- puede llegar a ser considerada como una discriminación *de facto* prohibida por el artículo III.¹⁰³ Es pro-

¹⁰² Charnovitz, S., *op. cit.*, nota 87, p. 6. Se consideran subvenciones cuando la práctica de un gobierno condone o no recaude ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales). Sin embargo, no se considerarán subvenciones la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados. Véase artículo 1.1, apartado a) 1, inciso *ii* del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias. El SMC permite la aplicación de medidas compensatorias iguales al monto de una subvención cuando ésta ocasiona un daño a las industrias terceros países. Véase artículo VI del GATT.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 5. En el contexto de la prevención del cambio climático es muy posible que en algunos casos la discriminación *de facto* verse no sobre productos similares, sino sobre productos competidores o directamente sustituibles. Puede darse el caso de que un país productor de un tipo de energía (por ejemplo nuclear) aplique altos impuestos aparentemente no discriminatorios que afecten particularmente al tipo de energías producidas por otros países (energía derivada de combustibles fósiles). J. Cameron y Z. Makuch, "Implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change: International Trade Law Implications", en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, vol. I, Londres, Cameron May Ltd., 1994, p. 123.

bable que en un caso como éste el país importador intente justificar el impuesto diciendo que los automóviles de alto consumo de combustible no son productos similares a los automóviles de menor consumo. El éxito de esta defensa dependerá de las circunstancias concretas del caso, incluida la forma en que el impuesto es aplicado.

Antes del establecimiento de la OMC, un grupo especial del GATT, analizando entre otras medidas un impuesto aplicado a los automóviles con base en su consumo de combustible, consideró que los automóviles de menor consumo no eran similares a los automóviles de alto consumo. Para el grupo especial, el artículo III permite las distinciones normativas entre dos productos si ésta no se debe a motivaciones proteccionistas.¹⁰⁴ En otras palabras, dos productos pueden no ser considerados similares si el trato diferenciado no tiene como finalidad proteger a los productos nacionales. Dado que esta forma de analizar la similitud de dos productos fue rechazada por el órgano de apelación en casos posteriores, no está claro que actualmente el OSD de la OMC apoya la conclusión del grupo especial citada.¹⁰⁵

C. La aplicación del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y el principio de la nación más favorecida

Los compromisos de reducción de emisiones establecidos en el Protocolo de Kioto han tomado en cuenta la responsabilidad histórica de los países desarrollados en la emisión de gases efecto invernadero y las necesidades de desarrollo de los países pobres para asignar compromisos de reducción de emisiones. A diferencia de los países desarrollados (Anexo I), los países en vías de desarrollo no tienen compromisos de reducción de emisiones específicos. De este modo, se pretende no entorpecer su desarrollo económico evitándoles los costes que el cumplimiento

¹⁰⁴ Informe del grupo especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*. (Informe no adoptado). GATT Doc. DS31/R, del 11 de octubre de 1994, párrafo 5.7.

¹⁰⁵ El órgano de apelación dijo que el examen de similitud debe realizarse sobre bases objetivas de modo que es irrelevante que existiera o no una intención proteccionista. Informe del órgano de apelación en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 4 de octubre de 1996, párrafo H.2.c).

de un programa de reducción estricto podría conllevar.¹⁰⁶ Ahora bien, si de conformidad con lo que hoy se conoce como el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, un país no aplica un ajuste de frontera de un impuesto al carbono a un país en desarrollo pero sí lo aplica a un país desarrollado se produciría una violación del artículo I del GATT. Si el país desarrollado no es parte en el Protocolo de Kioto las posibilidades de que llegue el conflicto al OSD aumentan. En cualquier caso, los impuestos sobre carbono o energía que sean considerados contrarios al artículo I o III podrán justificarse si logran cumplir con las condiciones de los incisos *b* o *g* del artículo XX.

2. *La aplicación de los incisos b y g del artículo XX del GATT*

Pese a que los impuestos destinados a hacer frente al cambio climático tienen como finalidad evitar los daños al ecosistema terrestre como un todo, es innegable que dentro de este ecosistema están comprendidos todos los elementos ambientales a los que le son aplicables los incisos *b* y *g* del artículo XX.¹⁰⁷ No obstante, siempre es posible que los países afectados argumenten que no existen pruebas científicas incuestionables sobre el impacto directo de la emisión de gases efecto invernadero en los

¹⁰⁶ El párrafo 1 del artículo 3o. del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático dispone textualmente: "...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 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...".

¹⁰⁷ PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial 2002 (GEO3): pasado, presente y futuro*, Madrid, Mundi-Prensa, 2002, p. 303. Esta interpretación tiene apoyo en los argumentos del órgano de apelación expuestos en el asunto *Camarón-Tortugas* en el que sostuvo que: "El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* —que informa no sólo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye— reconoce explícitamente "el objetivo de un *desarrollo sostenible*". Informe del órgano de apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones...*, *op. cit.*, nota 31, párrafo 128.

recursos naturales agotables, animales, plantas o salud de las personas.¹⁰⁸ Por otro lado, este tipo de impuestos, al parecer, satisfacen la “prueba de necesidad”. En virtud de que las emisiones de dióxido de carbono por la combustión de energías fósiles representan más del 75 por ciento de las emisiones de gases efecto invernadero de los países desarrollados,¹⁰⁹ los economistas consideran los impuestos al contenido de carbono de los combustibles fósiles o sobre eficiencia energética como uno de los medios que permiten lograr reducir emisiones para cumplir con las normas sobre cambio climático a un menor coste.¹¹⁰

La exigencia de ser relativa a la conservación, como ya hemos mencionado, se ha interpretado exigiendo una *auténtica relación* entre la medida y el bien a proteger. Aunque sin duda existe una relación entre los impuestos al carbono o energéticos y la protección del ecosistema terrestre, es innegable que la protección de los recursos naturales no es el objetivo principal de este tipo de medidas -aunque sean protegidos de forma implícita, si no incidental-. Por otro lado, la exigencia de aplicar restricciones conjuntas al consumo o producción doméstica del inciso g parece ser un aspecto inseparable de los ajustes fiscales de frontera aplicados a los productos importación. Por último, las cuestiones sobre el alcance de aplicación de los incisos b y g del artículo XX no se presentan en las medidas aplicadas para hacer frente al cambio climático. Este tipo de medidas abordan un problema que afecta el medio ambiente global, que incluye obviamente el del país importador y, por lo tanto, existe un vínculo suficiente entre el bien a proteger y el país que aplica la medida.

Si una medida logra justificarse provisionalmente en los incisos b o g aún tendrá que cumplir con las condiciones de la cláusula introductoria del artículo XX.¹¹¹

¹⁰⁸ Cameron, J. y Makuch, Z. “Implementation of the United Nations Framework Convention ...”, *cit.*, nota 103, p. 131. Para un argumento en contra véase Brack, D., *et al.*, *International Trade and Climate Change Policies...*, *cit.*, nota 97, p. 88.

¹⁰⁹ Intergovernmental Committee for a Framework Convention on Climate Change, *Compilation and Synthesis...*, *cit.*, nota 90.

¹¹⁰ Dower, R. C. y Zimmerman, M. B., *The Right Climate for Carbon Taxes: Creating Economic Incentives to Protect the Atmosphere*, Washington DC, World Resources Institute, 1992, p. 3.

¹¹¹ Existe cierto paralelismo entre las el preámbulo del artículo XX del GATT y el párrafo 5 del artículo 3o. del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático que dispone: “...las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, inclui-

3. *La aplicación de las condiciones de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT*

Hemos mencionado ya que para el órgano de apelación las medidas multilaterales son más fácilmente justificables que las medidas unilaterales cuando se trata de proteger bienes ambientales compartidos, como es el caso. No está claro que las medidas fiscales adoptadas en el contexto del Protocolo de Kioto reciban toda la deferencia de las medidas multilaterales que anuncia el órgano de apelación. El Protocolo de Kioto no obliga a los miembros adoptar una medida determinada, ni hace una referencia expresa a la aplicación de impuestos al carbono o a la energía y, por lo tanto, sus disposiciones para algunos países no se consideran obligaciones comerciales específicas.¹¹² Por esta razón, independientemente de que la aplicación de medidas relacionadas con el comercio a Estados no partes en los AMUMA no se consideran estrictamente multilaterales, como observa S. Charnovitz, la aplicación de cargas o impuestos para prevenir el cambio climático será considerada una medida doméstica.¹¹³ G. Goh deduce de aquí que el país importador deberá entablar negociaciones de buena fe para acordar soluciones conjuntas con los Estados no partes en el Protocolo de Kioto si no quiere correr el riesgo de que sus medidas fiscales se califiquen de discriminación arbitraria o injustificada.¹¹⁴ Ahora bien, es probable que a los países importadores no se les aplique la exigencia de “negociar” en aquellos casos en que se vean involucrados los Estados que participaron en las negociaciones del Protocolo de Kioto pero que al final decidieron no quedar vinculados por el acuerdo.¹¹⁵

Adicionalmente, se ha exigido, en el momento de examinar la posible discriminación arbitraria o injustificada, que se tome en cuenta las condiciones de los países afectados. El órgano de apelación puede considerar contraria a esta condición la aplicación de impuestos al carbono o a la energía que no tomen en cuenta las medidas adoptadas en los países afectados para hacer frente al cambio climático. Es posible que la aplica-

das las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional...”.

¹¹² Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria - *Los impuestos, subvenciones e incentivos a la energía ...*, cit., nota 92.

¹¹³ Charnovitz, S., op. cit., nota 87, p. 11.

¹¹⁴ Goh, G., op. cit., nota 45, p. 418.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 417.

ción de impuestos de este tipo se considere injustificada si el país afectado ha adoptado medidas efectivas, aunque no necesariamente de naturaleza fiscal, para combatir el cambio climático. En un supuesto como éste, el ajuste de frontera no se podría justificar argumentando razones ambientales, pues de ser aplicado claramente sería respondiendo a consideraciones de competencia.¹¹⁶

Por último, al igual que todas las medidas adoptadas para favorecer los objetivos de un AMUMA, las medidas fiscales aplicadas en el contexto del Protocolo de Kioto, salvo prueba en contrario, no deberían ser consideradas una restricción encubierta al comercio internacional.

¹¹⁶ Brack, D., *et al.*, *International Trade and Climate Change...*, *cit.*, nota 97, p. 88; Kennedy, K., "Reforming U.S. Trade Policy to Protect the Global Environment: A Multilateral Approach", *Harvard Environmental Law Review*, vol. 18, núm. 1, 1994, p. 200.