

PIERRE FOY VALENCIA (EDITOR)

DERECHO y AMBIENTE

*Nuevas Aproximaciones
y estimativas*

Capítulo 28



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO FONDO EDITORIAL 2001



IDEA - PUCP
INSTITUTO DE ESTUDIOS AMBIENTALES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

Primera edición: abril de 2001

Derecho y Ambiente. Nuevas aproximaciones y estimativas

Copyright © 2001 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Telefax: 511-460-0872. Teléfonos 511-460-2870, 460-2291, anexos 220 y 356.
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal: 1501052001-1168

Derechos Reservados
ISBN: 9972-42-390-3

Impreso en Perú - Printed in Peru

La Organización Mundial del Comercio frente al reto del medio ambiente

Luis Ramírez Daza¹

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE. 1.1. Realidad del Comercio Internacional. 1.2. El Problema del Medio Ambiente. 1.3. La Relación Comercio-Ambiente. II. DERECHO INTERNACIONAL DE COMERCIO (DIC) Y DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (DIMA). 2.1. Generalidades. 2.2. Relación entre DIC Y DIMA. 2.2.1. Etapa de Separación. 2.2.2. Etapa de Conflicto. 2.2.3. Etapa de Armonización. III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA GATT/OMC. 3.1. Antecedentes. 3.2. Aspectos Medulares del Sistema Comercial Internacional GATT/OMC y su Relevancia Ambiental. 3.3. Conflictos entre Comercio y Ambiente en el Sistema GATT/OM. 3.4. El Comité de Comercio y Medio Ambiente. IV. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad examinar, desde una perspectiva jurídico-institucional, los problemas que suscita la vinculación del actual sistema multilateral del comercio con el marco jurídico de protección internacional del medio ambiente².

¹ Abogado por la UNMSM, Diploma del Programa (CEI) Graduate Institute of International Studies (1993-95) y (CEI) del Institut Universitaire des Etudes du Développement (1995-96) de Ginebra, Suiza. Egresado del Programa (DES) Universidad de Ginebra con mención en Derecho Internacional Económico. Se ha desempeñado como *attaché* por la Misión de Honduras ante la Organización Mundial del Comercio durante el periodo 1994-96. Abogado en ejercicio y consultor.

² Para los propósitos de este artículo, el «sistema multilateral de comercio» es aquel que surge de las negociaciones comerciales llevadas a cabo bajo el patrocinio del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) durante el período que cubre desde la postguerra, hasta el presente, en que se cierra el ciclo de la Ronda Uruguay y se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC). Dichas negociaciones comerciales, llamadas Rondas, han alcanzado con la reciente de Uruguay un número de ocho y constituyen, cual más, cual menos, esfuerzos multilaterales dirigidos a destrabar el comercio mundial. Por la importancia de los resultados que arroja la culminación de la Ronda Uruguay, con sus más de 25,000 páginas, incluyendo el Acuerdo que instituye la OMC y anexos, se le ha llegado a considerar el tratado internacional más importante después de la Carta de la ONU. Respecto de la protección del Medio Ambiente, nuestro interés no es otro que concentrarnos en aquellos temas de protección ambiental que contienen aspectos de carácter comercial que se revelan contrarios a los principios y normas que consagra el sistema GATT/OMC. Sobre la evolución y configuración actual

Desde que el tema ambiental se convirtió en un problema de dimensión internacional, hace más de dos décadas, los desencuentros entre quienes promueven la libertad

del sistema comercial internacional, entre otros: FLORY, Thiebaut. *Evolution du Systeme Juridique du GATT 4*, *Journal du Droit International*, 1977, pp. 787-805. RAINELLI, Michael. *GATT*. Ed. La Decouverte, 1993. JACKSON, John y William DAVEY. *Legal Problems of International Economic Relations*. American West Publishing 1986. Casebooks Series Cap. IV; JACKSON, John H., *The World Trading System*. MIT Press, 1989. PETERSMANN, E.U. *The Uruguay Round Negotiations 1986-91. The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*. Kluwer Law Taxation Publishers, 1991, pp. 501-77. ABBOT, Kenneth. «GATT as Public Institution 18». *Brooklyn Journal of International Law*, 1992, pp. 31-85. HUDEC, Robert E., *Enforcing International Trade Law: The Evolution of Modern GATT Legal System*. Butterworth Legal Publishres, 1993, pp. 3-18. BARTON, John y Barry CARTER. «International Law and Institutions for a New Age: 81». *Georgetown Law Journal*. pp. 535-539, 549-555. STEWART, Terence P. (Editor). *The GATT Uruguay Round: A Negotiation History*. Vol. I, 1995, pp. 1-123. PETERSMANN, E. U. «The Transformation of the World Trading System Through The 1994 Agreement Establishing The World Trade Organization 6». *European Journal of International Law*. pp. 161-221. MC GOVERN, Edmond. *International Trade Regulation*. Exeter Grosefield Express, 1995, capítulo I «The World Trade Organization», pp. 1.11-1 a 2.42-2. DILLON, Thomas J. Jr. «The World Trade Organization: A New Legal Order for World Trade, 16». *Michigan Journal of International Law*. 1995, pp. 359-398. PATTERSON, Garner y Eliza. «The Road From GATT to MTO, 3». *Minnesota Journal of Global Trade*. 1994, pp. 35-58. LEEBRON, David W. «An Overview of The Uruguay Round Results, 34». *Columbia Journal of Transnational Law*. 1995, pp. 11-31. HOECKMAN, Bernard M. y Michel M. KOSTECKI. *The Political Economy of The World Trading System, From GATT to WTO*. Oxford University Press, 1995, pp. 37-55. SHELL, Richard. «Trade Legalism and International Relation Theory: An Analysis of The WTO, 44». *Duke Law Journal*. 1995, pp. 829-927. BUNTING, Gerald A. «GATT and The Evolution of the Global Trading System: A Historical Perspective, 11». *Saint John's Journal of Legal Commentary*. 1996, pp. 505-521. KENNEDY, Kevin. «The GATT-WTO at Fifty, 16». *Winconsin International Law Journal*. 1998, pp. 421-528. DEMARET, Paul. «The Methamorphoses of the GATT: From the Havana Charter to the World Trade Organization, 34». *Columbia Journal of Transnational Law*. 1996, pp. 125-169. NICHOLS, Phillip M. «GATT Doctrine, 36». *Virginia Journal of International Law*. pp. 380-465. JENNINGS, Rochelle. «Insider Briefing: Trade, 91». *American Society of International Law Proceedings*. 9, april, 1997, pp. 20-26. MESSERLIN, Patrick. *La Nouvelle Organisation Mondiale de Commerce*. Dunod, París, 1995. SOCIÉTÉ FRANCAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Colloque de Nice. La Reorganisation Mondiale des Echanges (Problèmes Juridiques)*. TOUSCOZ, Jean. *Rapport Introductif*. Ed. Pedone, pp. 5-36, 1996. Así como el Rapport de BURDEAU, Geneviève. *Aspects Juridiques des Accords de Marrakech*. pp. 205-223.

Sobre la protección del medio ambiente en el contexto del comercio internacional, entre otros, BOTHE, Michael. *La Politique de l'Environnement: De la Règlementation aux Instruments Economiques*. Centre D' Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Academie de Droit International de la Hague, 1994, pp. 28 y ss. ANDERSON, Kim y Richard BLACKHURST. «Commerce Mondial et Environnement». *Económica*. 1992, pp. 3-25. HURRELL, Andrew y Benedict KINGSBURY (Editores). *The International Politics of the Environment*. Claredon Press Oxford, 1992, pp. 1-47. WHALLEY, John. «The Interface between Environmental and Trade Policies, 101». *Economic Journal*. 1991, pp. 180-189. PORTER, Michael E. y VAN DER LINDE, Claas. «Toward a New Conception of the Environment. Competitiveness Relationship, 9». *Journal of Economic Perspectives*. 1995, pp. 97-118. HOUSMAN, Robert y Drwood ZACELKE. «Trade, Environment and Sustainable Development: A Primer, 15». *Hastings International and Comparative Law Review*. 1992, pp. 535-612. BERLIN, Kenneth y Jeffrey M. LANG. «Trade and the Environment, 16». *The Washington Quarterly*. 1993, pp.

irrestringida de comercio, a escala mundial, con aquellos que defienden el uso racional y administrado de los recursos del planeta, no se han hecho esperar. Estos últimos, no ven con buenos ojos algunos de los principios vertebrales de la liberalización de la economía, cuya señal más visible acaso sea la intensificación del tráfico transnacional de bienes y servicios. Los primeros, panegiristas del libre comercio, temen que esta oleada ecológica atente contra la armazón jurídica e institucional del comercio internacional, introduciendo nuevas formas de restricciones comerciales de sesgo proteccionista. Por nuestra parte, pensamos que a pesar de no faltar posiciones integradoras, dirigidas a conciliar ambos aspectos y que claman por lo que se ha venido en llamar «desarrollo sostenible»³ los conflictos que surgen de la relación comercio-ambiente, han llegado a un punto tal, que se hace imperioso encontrar fórmulas equitativas, conducentes a resolver y prevenir los problemas presentes y futuros que brotan de la intersección de estos dos fundamentales y complejos componentes de la vida humana, como son, la economía y la naturaleza.

Los asuntos que atañen al medio ambiente han adquirido trascendencia global y carácter multidimensional. Hoy en día, cuesta imaginar alguna disciplina del saber en que la perspectiva ambiental no esté presente. Por el contrario, las consecuencias del

35-54. VAN BEERS, Cees y Jeroen C.J.M. VAN DEN BERGH. «An Overview of Methodological Approaches in the Analysis of Trade and Environment, 30». *Journal of World Trade*. 1996, pp. 143-167. MORRIS, David. «Free Trade: The Great Destroyer, 20». *Ecologist*. 1990, pp. 190-195. PATTERSON, Eliza. «GATT and Environment Rules; Changes to Minimize Adverse Trade and Environmental Effects, 26». *Journal of World Trade*. 1992 pp. 99-110. RAUL, Alan Charles y Paul E. HAGEN. «The Convergence of Trade and Environmental Law, 8». *Natural Resources & Environment*. 1993, pp. 4-6, pp. 50-52. Mc DONALD, Janet. «Greening the GATT: Harmonizing Free Trade and Environmental Protection in the New World Order, 23». *Environmental Law*. 1993, pp. 398-465. WOLD, Chris. «Multilateral Environmental Agreements and The GATT: Conflict and Resolution, 26». *Environmental Law*. pp. 842-919. TRADE & ENVIRONMENT. Papers presented at the GATT Symposium on Trade, Environment and Sustainable Development DOC Te 009 1994. DUNOFF, Jeffrey L. «From Green to Global: Toward the Transformation of International Environmental Law, 19». *Harvard Environmental Law Review*. 1995, pp. 241-301. ESTY, Daniel. «Unpacking the Trade and Environment Conflict, 25». *Law and Policy in International Business*, 1994, pp. 1259-1286. UMONEN, Peter P. «Trade Rules and Environmental Controversies During The Uruguay Round, 18». *The World Economy*. 1995, pp. 71-86. D'AMATO, Anthony y Kirsten ENGEL (Editores). *International Environmental Law*. Antología, capítulo 17: International Trade Agreements. Anderson Publishing Company, 1996, pp. 443-460. NISSEN, Jill Lynn. «Achieving a Balance Between Trade and The Environment: The Need to amend the WTO/GATT to Include Multilateral Trade Environmental Agreements, 28». *Law and Policy in International Business*. 1997, pp. 901-927. JAVIER OROZCO ALVARADO, María Teresa OROZCO LÓPEZ y Olivia ORTIZ ALVIS. *Globalización e Integración Económica Mundial*. Centro Universitario-Universidad de Guadalajara, 1996, pp. 23-37. CONDE PÉREZ, Elena. «El Comercio Internacional y el Medio Ambiente». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Nº 83, Madrid, 1995. CHARPENTIER, F. FISCHER y J. HIDALGO. *Comercio Exterior y Política Ambiental*. CONFIEP-Proyecto PAPI-USAID, 1997, Perú.

³ Mencionada por vez primera en el libro *Only One Earth* (1972) por la economista Barbara Ward y el ecologista Rene Dubos, la noción de desarrollo sostenible (sustainable development) adquiere dimen-

impacto ambiental en las actividades humanas, obliga a replantear el contenido de muchas asignaturas, a fin de hacerlas compatibles con las exigencias que impone la tutela macrosocial del efecto ambiente. En ese sentido, ni el comercio internacional ni

sión internacional con el INFORME DE LA COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. 1987, pp. 46 y ss. La idea de un desarrollo sostenible surge ante la necesidad de conciliar las políticas de protección ambiental con las exigencias del mundo económico, haciendo de esta fusión una meta a alcanzar tanto para países desarrollados como en desarrollo. El Informe Brundtland define el desarrollo sostenible como «aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones a satisfacer sus propias necesidades». Esta noción de desarrollo sostenible ha sido concebida como la conjunción de un comercio internacional abierto y globalizado con la utilización sostenible de los recursos, utilizando para ello normas, controles, mecanismos de autorregulación e instrumentos económicos de internalización del costo ambiental. De otra parte, la cooperación internacional de los Estados deviene fundamental para el éxito de un desarrollo sostenible que vincule comercio y ambiente a la manera como lo contempla el artículo 12 de la Declaración de Río de 1992. En la actualidad, existen importantes instrumentos jurídicos que incluyen la noción del desarrollo sostenible. Así, por ejemplo, las referencias a la óptima utilización de los recursos y al desarrollo sostenible, hechas en el Preámbulo del Acuerdo Constitutivo de la OMC; la Declaración de Río sobre Comercio y Desarrollo, la Convención Marco sobre Cambio Climático artículo 3 parágrafo 5; la Convención sobre la Diversidad Biológica Preámbulo y artículos 1, 2, 6, 8, 10. A pesar que el concepto de desarrollo sostenible ha merecido ya algunas críticas por su ambigüedad e inconsistencia práctica «el problema del desarrollo sostenible es que es más fácil de identificar que de resolver» (BIRNIE, Patricia y Alan BOYLE. *International Law & Environment*. Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 4 y ss.). Existe consenso que se trata de un marco metodológico útil para la armonización de las políticas comerciales y ambientales. Sobre el concepto y alcances de la noción de Desarrollo Sostenible véase FREESTON, David y Alan BOYLE (Editores). *International Law and Sustainable Development*. Clarendon Press, Oxford, 1999, 365 pp. REPETO, Roberto. «Trade and Sustainable Development» *Environment & Trade*. Nº 1, UNEP, pp. 1-41. SANDS, Phillippe. «International Law in the Field of Sustainable Development». *British Yearbook of International Law*. 1994, pp. 303-381. DAMIAN, Michael y P. BERTHOUD. *La Liberalisation des Echanges et le Développement Durable Revue Tiers Monde*. pp. 427-44. DOWDESWELL, Elizabeth. *Sustainable Development: The Contribution of International Law*. pp. 3-13. LANG, Winfried. «From Environmental Protection to Sustainable Development, Challenges for International Law». *Sustainable Developments and International Law*. Winfried Lang y Martinus Nijhoff (Editores). 1995, pp. 275-289. SMITH, Susan L. «Ecologically Sustainable Development: Integrating Economics, Ecology and Law, 31». *Willamette Law Review*. 1995, pp. 262-305. TAMAMES, Ramón. *Ecología y Desarrollo. La Polémica sobre los Límites al Crecimiento*, Alianza Editorial, 1980. SUNKEL, O. y N. GLIGIO. (Editores). *Estilos de Desarrollo y Medio Ambiente en la América Latina*. FCE, 1980, 2 vols. COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*, Alianza Editorial, 1987. SCHIMIDHEINY, Stephan (Editores). *Cambiando el Rumbo: Una Perspectiva Global del Empresariado para el Desarrollo y el Medio Ambiente*. Grahon Hill, 1998. URQUIDI, Víctor. *Economía y Medio Ambiente*. GLENDER RIVAS, Alberto J. «Las Relaciones Internacionales del Desarrollo Sustentable». *La Diplomacia Ambiental*. FCE, 1994, pp. 47-69 y pp. 254-282. AZQUETA, Diego y Daniel SOTELSEK. «Ventajas Comparativas y Explotación de los Recursos Naturales». *Revista de la Cepal*. Nº 68, 1999, pp. 115-134. QUIJANDRÍA, Alvaro. «Comercio Internacional y Medio Ambiente» *Apuntes*. Nº 33, Universidad del Pacífico, pp. 49-58. Sobre los antecedentes, el proceso de desarrollo de la Conferencia de Río, así como la estructura y contenido de la Agenda 21 véase la ilustrativa presentación hecha por FOY VALENCIA, Pierre. *Agenda 21*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Ambientales, 1996, pp. 21-32.

su derecho podían estar ajenos a esta apremiante realidad. Para el caso del derecho, es menester incorporar nuevas técnicas jurídicas o, al menos, adecuar las ya existentes a fin de aprehender debidamente la especificidad normativa que se desprende de la vertiente económica de la protección del ecosistema. Así, la dimensión normativa deberá hacer frente a conflictos que surgen de la interacción sociedad-naturaleza, de características sobradamente distintas de aquellas que informan otras ramas del derecho: «El reto que representan las diversas dimensiones de la crisis ambiental (local, subnacional, nacional, subregional, regional, internacional o global) impacta de modo progresivo en los sistemas jurídicos. Dicho desafío se expresa tanto en la búsqueda de soluciones normativas como en la revisión y creación de nuevos conceptos, principios, instituciones, razonamientos jurídicos y relaciones interdisciplinarias»⁴. Todas estas contingencias, imponen nuevas estrategias de regulación para enfrentar, entre otros, el manejo preventivo o precautorio del riesgo ambiental; la juridización progresiva de principios programáticos (desarrollo sostenible, cooperación internacional); la imputación de las obligaciones que emergen de actividades económicas que amenazan o que causan daño ambiental; la implementación jurídica de instrumentos para-normativos como recomendaciones, guías o declaraciones. De otro lado, los temas ambientales deben ser tratados, en ciertas circunstancias, de una manera tal, que produzcan consecuencias jurídicas distintas respecto de sus destinatarios (objetivos comunes, responsabilidades diferenciadas). Asimismo, los efectos jurídicos que dimanen del problema ambiental, ponen de manifiesto la creciente subordinación del derecho respecto de la tecnología, y la ambivalencia que la conjunción de estos dos factores puede mostrar, de cara al tratamiento jurídico-ambiental del riesgo tecnológico, así como también frente a la preservación del *status quo ante* por las eventuales repercusiones ambientales negativas que pudiera arrastrar la innovación técnica⁵.

De otra parte, existe un componente ético que el derecho deberá incorporar y que mira al «deber que cada generación asume frente a su sucedánea de mejorar o por lo menos, preservar del patrimonio ecológico que heredó»⁶. Esta perspectiva axiológica

⁴ FOY VALENCIA, Pierre. «En Busca del Derecho Ambiental (I)». *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y Estimativas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Ambientales, 1997, p. 78. «Sobre el impacto ambiental en las estructuras del Derecho Internacional Contemporáneo». RAMACCIOTTI, Beatriz. «El Derecho Internacional en la Frontera del siglo XXI: Hacia una protección global del medio ambiente». *Themis, Revista de Derecho*. 1990, Nº 17, pp. 59-60.

⁵ ESTEVE PARDO, José. *Técnica, Riesgo y Derecho*. Ed. Ariel, 1999, p. 222. El autor trata el tema de la relación progreso-riesgo y las consecuencias jurídicas, particularmente meta-jurídicas, que arrastra el avance tecnológico al crear realidades para-normativas, estándares técnicos que se bastan a sí mismos para regular sus procesos, y en los que el derecho parece no tener cabida.

⁶ WEISS, Edith Brown. «Our Rights and Obligation to Future Generations for the Environment, 84». *American Journal of International Law*. 1990, p. 200. PRADES, José A. *L'Ethique de l'Environnement et du Développement*. Press Universitaires de France, 1995, pp. 31-41, donde se destaca el aporte del Informe Brundtland en la formación de este principio.

apunta, prioritariamente, a la explotación de los recursos no renovables los que deben ser distribuidos intergeneracionalmente, de manera equitativa, y que hoy por hoy se afirma en un principio normativo que está ganando un cada vez mayor reconocimiento en las instancias internacionales⁷.

El comercio, por su lado, deberá acomodar su particular dinámica a modelos de desarrollo sostenibles, haciendo mutuamente consistente el crecimiento productivo con una correcta internalización del costo ambiental. Esta cuestión, urge de respuestas inmediatas pues todo parece indicar, según recientes estudios, que las actuales relaciones comerciales entre países desarrollados y en desarrollo difícilmente aportarán una solución de conjunto a los problemas de la pobreza y a la sobreutilización de los recursos del planeta⁸. La relación comercio-ambiente es, de este modo, uno de los más importantes referentes de la sociedad internacional moderna, cuyo tratamiento unitario, sin embargo, se torna asaz complicado. El presente artículo, se limita a un aspecto del vínculo comercio-ambiente, esto es, a tratar de manera panorámica las cuestiones jurídicas e institucionales de la protección ambiental que impactan en el comercio multilateral, quedando de lado los temas de carácter regional, subregional y nacional, así como las dimensiones política, económica y científica que subyacen en los conflictos entre comercio y ambiente. Ello, deberá ser objeto de posteriores trabajos. Por lo demás, cualquier esfuerzo de conciliación o de armonización entre las políticas comerciales con aquellas de protección ambiental, en los niveles que vienen de mencionarse, deberá tomar nota del estado situacional del sistema multilateral de comercio GATT/OMC, de sus principios y normas, así como de las consecuencias que todo esto tiene respecto de las políticas, instituciones e instrumentos jurídicos de protección y gestión ambientales de carácter multilateral.

Aunque los conflictos entre comercio y ambiente no son necesariamente consecuencia de su vinculación, la realidad nos viene mostrando que el comercio puede estar en oposición con importantes objetivos de protección ambiental. En efecto, desde los años 80' se hace cada vez más patente que las reglas generales contenidas en El Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, y que forman parte de la actual estructura normativa de la Organización Mundial del Comercio, no se avienen con algunos fundamentales principios y normas internacionales de protección ambiental. Este hecho, ha sido advertido tanto por los ambientalistas en la Cumbre de Río de 1992 como por los epígonos del libre comercio, en el Acta Final de la Ronda Uruguay

⁷ El Principio I de la Declaración de Estocolmo de 1972 consagra normativamente el deber de proteger y mejorar en medio ambiente para las presentes y futuras generaciones y el principio 4 de la Declaración de Río de 1992 asocia el principio de la equidad inter-generacional con el derecho al Desarrollo. SANDS, Phillipe. *Principles of International Environmental Law*. Manchester University Press, I, 1995, p. 200.

⁸ Según lo expresado por AZQUETA, Diego y Daniel SOTELSTKE. «Ventajas Comparativas y Explotación de Recursos Naturales». *Revista de la Cepal*. Op. cit., p. 116.

de 1994, donde se llega a instituir un Comité de Comercio y Medio Ambiente, como una instancia permanente al interior de la OMC; no obstante, los conflictos están aún lejos de ser resueltos debido, principalmente, a que las políticas comerciales y ambientales continúan siendo manejadas de manera separada, lo que se ha hecho manifiesto al momento de resolver los contenciosos sustanciados ante los órganos jurisdiccionales del GATT/OMC. Así, los desencuentros entre comercio y ambiente se deben, en buena parte, a medidas comerciales restrictivas impuestas por los Estados por razones de tutela ambiental; medidas comerciales que resultan de la acción multilateral de los Estados, como ocurre en el Protocolo de Montreal de protección contra sustancias que agotan la capa de ozono o de medidas unilaterales, adoptadas por uno o más países, con efectos dentro de su propia jurisdicción o aún con carácter extraterritorial. Las contiendas promovidas en 1991 (Mexico - EEUU) y 1994 (Canada - EEUU) que siguieron a las decisiones de los EEUU de prohibir la importación de atún de esos países, alegando razones de protección de la fauna marina, son vivos ejemplos de esto último. Estas restricciones comerciales, se muestran contrarias al régimen jurídico del libre comercio, plasmado en los acuerdos integrantes del acta final de la Ronda Uruguay. Al menos, es en ese sentido como han sido y como siguen siendo interpretadas estas medidas por los órganos dirimientes del sistema GATT/OMC⁹. A estos reales conflictos, habría que sumar los que podrían previsiblemente sobrevenir, y que van desde cuestiones relativas a estándares técnicos, hasta temas de propiedad intelectual, comercio de servicios o inversiones, y en los que no parece posible, hasta el momento, vincular de manera pacífica el binomio comercio-ambiente. Estos hechos, no son más que la punta del iceberg de un conflicto que tiene raíces más profundas, las mismas que se hallan en las políticas comerciales y ambientales que informan el mundo moderno¹⁰.

⁹ Esta situación ha comenzado a variar con el caso de las Tortugas de Mar (1999) donde el órgano de apelación al interior de la OMC ha reconocido, con algunos reparos, la validez de medidas unilaterales de protección del medio ambiente aplicadas extraterritorialmente.

¹⁰ FALK, Richard. «Environmental Protection in a Era of Globalization, 6». *Yearbook of International Environmental Law*. 1995, pp. 3-25. Políticas comerciales y ambientales que tienen como telón de fondo la llamada *globalización*, fenómeno que altera la connotación tradicional del principio de la soberanía de los Estados. La globalización no la origina la Organización Mundial del Comercio. La globalización es un fenómeno que se impulsa por obra de cambios ocurridos en el desarrollo tecnológico e informático, en las finanzas y negocios internacionales, y que fuerza a una progresiva interconexión de los modelos de organización económica, política y cultural de los Estados. Lo que hace la Organización Mundial del Comercio es proveer los medios para que este proceso se realice dentro de un encuadramiento jurídico e institucional. Asimismo, esta globalización económica concierne a los temas ambientales, al afectar la concepción de cómo debe llevarse a cabo la explotación de los recursos, y los cambios a que esto obliga en las actuales estructuras de producción, lo cual explica la aparición de nuevos planteamientos para armonizar los objetivos de la globalización con el manejo de la gestión ambiental en el plano multilateral.

El presente artículo está dividido en cuatro partes. La primera (I), tiene como objeto exponer someramente los aspectos que, a nuestro parecer, constituyen los más representativos de la realidad comercial y ambiental, en el contexto de las políticas que llevan a cabo los Estados. En ese sentido, comercio y ambiente son dos temáticas sujetas a sus propias particularidades y confrontadas con sus propias vicisitudes. Sin embargo, esta autonomía material y formal no ha sido óbice para que surja el vínculo entre estas dos asignaturas, conforme lo mostramos en la tercera sección de esta primera parte. Esta conexión se produce no bien entrado el siglo XX, habiendo alcanzado en las últimas décadas un sesgo marcadamente conflictual. Pese a esto, las políticas ambientales y comerciales exhiben una llamativa y coincidente tendencia hacia un tratamiento de conjunto, además que ambas necesitan del socorro de la cooperación internacional para la consecución de sus fines. Esto explica la convergencia contemporánea entre las reglas de comercio internacional con las de protección del medio ambiente y los esfuerzos tendientes a su armonización. La segunda parte (II), está destinada a examinar las características que distinguen las técnicas jurídicas e institucionales del comercio internacional en relación con sus correspondientes de protección ambiental. Con tal propósito, identificamos tres etapas que dan cuenta de las relaciones de ambas disciplinas jurídicas, cada etapa sujeta a su propia fenomenología y que nos informan sobre la evolución de estas materias, como órdenes jurídicos separados, antagónicos y, eventualmente, compatibles. Respecto de esto último, digamos que en la actualidad, abundan sendos aportes doctrinales que buscan un tratamiento jurídico integrativo de los temas de comercio y ambiente, y que apuntan a fusionar ambas direcciones en un sistema único e integrado. Se tratan, en puridad, de propuestas de carácter programático, de *lege ferenda*, mas sustentadas en criterios técnicos y operativos que permiten abrigar, en un futuro, su aplicación práctica. La tercera parte (III), entra de lleno en el hasta hoy complicado tema de la regulación de las cuestiones ambientales en los ámbitos institucional y normativo del sistema GATT/OMC, tomando como parámetros, los aspectos organizacionales, el régimen jurídico, así como el conjunto de casos sometidos por ante los órganos de solución de controversias del sistema GATT/OMC. Esto último, es de interés cardinal pues refleja, en no poca forma, la idiosincrasia que aún campea en el seno del sistema comercial multilateral, de cara a los imperativos ambientales. Asimismo, la creación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente, como una instancia permanente al interior del GATT/OMC, y con una agenda de trabajo preestablecida, ocupa parte de nuestro interés, orientado a conocer el ámbito de competencia de este órgano y, dentro de ello, los avances llevados a cabo por el Comité hasta el presente. Finalmente (IV), en cuanto a las perspectivas y conclusiones de este trabajo, ellas no hacen sino traducir las opiniones del autor a la luz de la investigación emprendida. Sobre la bibliografía, que en la actualidad es abundante, pensamos que ésta refleja, en general, la producción académica internacional sobre la materia y las tendencias doctrinales que suscitan los temas del comercio y del medio ambiente.

I. COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

1.1. Realidad del Comercio Internacional

El comercio internacional, ha dicho con acierto Robert Gilpin, es el más antiguo nexo establecido entre las naciones y Louis Henkin ha enfatizado, con no menos acierto, que el comercio internacional es el núcleo de las relaciones internacionales¹¹. Desde sus orígenes, el comercio ha sido un instrumento esencial de política internacional, lo cual explica esa natural compulsión de los Estados por absorber dicho sector, tratando de maximizar sus beneficios redistributivos así como de limitar sus costos. Históricamente, el comercio se ha caracterizado por ser una realidad ambivalente, que ha seguido un desarrollo dual, al influjo de dos marcadas tendencias, proteccionista una, librecambista la otra. Esta situación, ha provocado no pocos conflictos entre partidarios de una u otra posición, conflictos que han sido particularmente intensos en la segunda parte del siglo pasado y en la primera mitad del siglo XX. Experiencias librecambistas como las del período de preguerra o proteccionistas como la emergente de la crisis de 1929 son una muestra elocuente de esta pertinaz dualidad¹². Estas dos tendencias han sido una constante en la historia económica moderna, no obstante que en la práctica de los Estados, se han aplicado políticas comerciales mixtas que combinaban patrones librecambistas y proteccionistas. En tal sentido, el comercio internacional gira en derredor de estas dos encontradas posiciones. Con la culminación de la segunda guerra mundial, se puso en marcha un modelo de economía internacional descrito como «el tránsito del *laissez faire* a la cooperación»¹³ con una mayor interdependencia entre los Estados, y sobre la base a los acuerdos de Bretton Woods, esto es, estabilidad monetaria internacional, banca internacional de fomento y liberalización de la economía vía la apertura del comercio internacional¹⁴.

¹¹ GILPIN, Robert. *The Political Economy of International Relations*. PUP, 1987, p. 171. HENKIN, Louis. «International Law: Politics, Values and Functions». *The Hague Academy of International Law, Collected Works*. 1989, IV, Vol. 216, p. 182.

¹² RAINELLI, Michel. *Le GATT Op. cit.*, pp. 6-14.

¹³ HENKIN, Louis. *Op. cit.*, p. 188.

¹⁴ El desarrollo jurídico e institucional del mundo económico de la postguerra, se caracteriza por un progresivo multilateralismo plasmado en un sistema internacional con objetivos claramente definidos respecto del equilibrio monetario (FMI), de las necesidades de asistencia para el desarrollo (Banco Mundial) así como en la puesta en marcha de un imperfecto sistema comercial vía el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT que, a la postre, no coadyuvó a la consolidación de un sistema económico internacional, sino más bien agudizó las asimetrías del desarrollo económico de los Estados. Es verdad que esta orientación general hubo de soportar posiciones antagónicas, en especial de aquellos países emergentes de la descolonización, que clamaban por un nuevo orden económico internacional y un sustantivo mejoramiento de los términos de intercambio. Estas contingencias económicas limitaron sobremanera el éxito de este esquema de cooperación económica internacional.

Para el caso del comercio internacional de la postguerra, la frustrada creación de la Organización Internacional del Comercio (ITO) truncó al comercio mundial de contar con un instrumento orgánico que corrigiera los errores incurridos en el manejo de la economía del período 1919-45, y que estableciera reglas comerciales multilaterales para la etapa de la postguerra, conforme a lo estipulado en el artículo 55^o (a) de la Carta ONU. Este hecho, precipitó que el GATT, que no era más que un acuerdo multilateral complementario de la Carta de la Habana, cobrara vigencia autónoma mediante el Protocolo de Aplicación Provisional de 1947¹⁵. Este instrumento le ha permitido al GATT una vigencia de casi 50 años, con un balance institucional aceptable, a juzgar por algunos de sus más importantes logros. Empero, la carencia de un marco constitucional e institucional, los vacíos en áreas como servicios, inversiones o solución de controversias, aunado al hecho que el Protocolo tolerara la subsistencia de ciertas prácticas comerciales, aún si aquellas devenían inconsistentes con las reglas del GATT¹⁶ tornaron insuficiente el marco jurídico e institucional del comercio mundial de la postguerra. De este modo, durante más de 40 años el sistema comercial internacional fluctuó entre una tímida política librecambista y un proteccionismo más o menos disimulado. Sin duda, los éxitos más relevantes del GATT están por el lado de reducción de tarifas (remarcable en las relaciones comerciales entre los países desarrollados) así como en su rol de foro de negociaciones multilaterales, promoviendo el libre comercio a través de principios como el de la ventaja comparativa, el desarrollo de economías de escala y la especialización productiva. Este modelo, por lo demás, no era compartido por otros Estados, con economías emergentes y en transición, que antes bien apostaban a un esquema de crecimiento hacia adentro, fomentando el consumo de bienes y servicios elaborados dentro de una nación, con una moneda librada al manejo de la Banca Central y con un régimen de control de acceso al mercado mediante restricciones a las importaciones, salvo las destinadas a reexporta-

A todo esto, habría que añadir un aspecto de orden político, de efecto negativo sobre el multilateralismo económico, y que contribuyó aún más a bloquear cualquier esfuerzo de cooperación: la guerra fría. Sobre el particular, véase KIRGIS, Frederic L. Jr. «Developments in the Law and Institutions of International Economic Relations, 64». *American Journal of International Law*. 1970, pp. 107-138.

¹⁵ GATT. *Guide to Law of GATT and Practice GATT/LE/2*. Geneva, 1994, p. 3.

¹⁶ Nos referimos a las estipulaciones contenidas en el Protocolo y por las que se facultaba a algunos países miembros a mantener los regímenes comerciales que se encontraban vigentes con anterioridad a la fecha de su adhesión al Acuerdo (*The Grandfather Rights*) constituyendo un privilegio injusto frente a otros Estados adherentes. Los Estados Unidos, han hecho uso y abuso de estas cláusulas, por ejemplo, respecto a sus derechos compensatorios conforme a su *Antidumping Act* de 1916 pese a estar en contradicción con lo estipulado en el artículo VI del Acuerdo GATT. Lo propio con los subsidios a la producción y exportación agrícola, contrarios al Acuerdo empero aplicados conforme a la Sección 22 del *Agricultural Adjustment* de 1933. Los acuerdos de la Ronda Uruguay han desterrado este régimen proteccionista y discriminatorio. Sobre los antecedentes de estas cláusulas, HANSEN, Marc y Edwin VELMUST. «The GATT Protocol of Provisional Application: A Dying Grandfather?», *Columbia Journal of Transnational Law*. 1989, pp. 236-307.

ción o como insumos para los procesos productivos. Bajo este arquetipo de economía local, la economía internacional se asemejaba, en su conjunto, a un compuesto de economías nacionales independientes, con contados puntos de convergencia, «un epifenómeno de las transformaciones económicas operadas al interior de cada Estado y apreciadas desde el plano internacional»¹⁷.

El colapso del comunismo y la globalización de la economía aceleraron el desarrollo del libre comercio, haciendo que el principio de «soberanía económica» pierda su contenido primigenio, con la consiguiente liberalización de los mercados de capitales y la movilización transnacional de la producción, instalándose industrias allí donde el proceso manufacturero o de transformación resultaba más eficiente, ya por ventaja comparativa, economía de escala y/o uso de tecnología.

Los impulsores de la globalización de la economía, destacan los beneficios que acarrea la intensificación del comercio internacional, al permitir una mejor división internacional del trabajo, de efecto multiplicador en las economías domésticas. Asimismo, por el lado de las importaciones, el comercio permite al consumidor tener ante sí mejores productos, tanto en calidad como en precio. Finalmente, el sistema multilateral se ve beneficiado pues un comercio internacional abierto es de suyo un vehículo de integración que fomenta la cooperación económica multilateral, la innovación tecnológica y la paz social entre las naciones.

Bajo estas consideraciones, todo haría suponer que el concepto de economía nacional se dirige irreversiblemente a su desaparición. Por ejemplo, en lo que toca a los procesos manufactureros, la tendencia actual se orienta hacia una integración transnacional de los mercados locales. Hoy en día, los canales de producción, inversión y distribución se han globalizado. Este hecho, obliga a un replanteamiento de lo que debemos entender por «economía nacional». Así, la idea de un Estado con economía controlada y centralizada está siendo radicalmente trocada, por aquella que ve la libre movilización de capitales, como el factor fundamental de la dinámica económica del mundo contemporáneo.

Sobre el particular, pensamos que el concepto de una economía libre no fuerza a prescindir de la acción del Estado en una economía de mercado, ni a soslayar su importancia como agente promotor del mismo. En una época como la presente, marcada por ingentes movimientos internacionales de capitales, principalmente de origen no estatal, pudiera pensarse que el Estado tiene un rol marginal en la economía internacional y que el comercio y las normas jurídicas que la rigen son esencialmente residuales a la acción de éste. Esta consideración, creemos, no se aviene con la realidad ni con el estado actual del comercio y del derecho internacionales. En efecto, el plano internacional nos muestra que al igual como ocurre dentro de un país, el comercio es en buena cuenta dependiente del Estado. Efectivamente, son los Estados los que conciertan el marco jurídico e institucional del comercio, determinando qué clases de actividades son permi-

¹⁷ ALLOT, Phillip. *EUNOMIA: New Order for a New World*. Oxford University Press, 1990, p. 354.

tidas y estableciendo los límites de concentración de poder económico dentro del mismo. Por otro lado, el Estado tiene funciones exclusivas en materia fiscal y monetaria, y su propio rol de agente económico no ha desaparecido. Si a todo esto se agregan los efectos que arrastra la actividad comercial transnacional para los Estados, respecto de sus ingresos, balanza comercial, política cambiaria, competencia, protección del consumidor etc., queda claro que las actividades comerciales no son sólo asuntos privativos de los particulares sino también, ocupan un lugar preferencial en la política estatal¹⁸. Esto explica la inveterada propensión del poder público de participar protagónicamente en el manejo macroeconómico de las políticas comerciales¹⁹. Una situación, que se hace más evidente en el contexto de la globalización de la economía, donde las responsabilidades de los Estados van más allá de la mera provisión de un marco jurídico multilateral para el comercio, comprendiendo también, el tratamiento de otras fundamentales cuestiones como aquellas tocantes a los problemas de orden ambiental, la llamada cláusula social o la adopción de normas internacionales de regulación de la competencia, en un contexto de crecientes demandas por justicia social y mejoramientos de los términos de intercambio entre países ricos y pobres. En realidad, existe una falsa oposición en quienes ven el desarrollo de la economía de mercado como aparejando la gradual desaparición del Estado cuando de lo que se trata es de entender que estos dos fenómenos no son ni deben ser necesariamente opuestos sino mas bien concurrentes: «los políticos han aprendido, tanto de la historia como de la teoría económica, que la elección de un sistema económico no debe estar confinada a la dicotomía de un modelo descentralizado de mercado o uno de carácter centralizado, de economía planificada; el mundo real hace uso de economías mixtas valiéndose para ello de una gran variedad de mecanismos económicos, como los que sostienen el mercado y los precios, elecciones democráticas al lado de un coherente marco de regulación pública respecto de las llamadas imperfecciones del mercado, como son las reglas de competencia, crecimiento económico y justicia distributiva»²⁰.

¹⁸ MC RAE, D. M. «International Trade and International Law». *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Tomo 260, 1996, p. 136. WEISS, Friedl. «The WTO and The Progressive Development of International Trade Law, 29». *Netherlands Yearbook International*. 1998, pp. 75-76.

¹⁹ Si vemos la dinámica actual del comercio internacional a través de los volúmenes de intercambio, tenemos que más de la mitad de las transacciones I, se realiza a través de empresas multinacionales y una quinta parte se encuentra administrado (restricciones y subvenciones) quedando tan solo un 25% que podemos considerarlo químicamente libre. Sin embargo, la intervención del poder público (*managed trade*) es manifiesta en todos estos casos, ya sea actuando en interés de fuerzas transnacionales, como defensores de las industrias locales para hacer más atractivos los productos nacionales o como garantes, dentro de su jurisdicción, de las reglas comerciales acordadas en las negociaciones multilaterales comerciales.

²⁰ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Economic Theory and International Economic Law: On The Task of a Legal Theory of International Economic Order. The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 228-229.

Si desde la perspectiva de los Estados, las reglas que se ocupan del comercio internacional son a la postre determinadas por estos, hay que reconocer que al influjo de la interdependencia económica, dichas reglas sólo se explican dentro de los marcos a los que se circunscriben los acuerdos comerciales, tal como ha ocurrido en el caso de las ocho Rondas de negociaciones comerciales multilaterales, llevadas a efecto bajo la égida del GATT, convertida desde no hace sino unos años, en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La culminación del ciclo de Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay ha tenido un efecto novador sobre el contenido del comercio internacional, al integrar sectores de política comercial que nunca antes fueron objeto de regulación global, como son los casos de los servicios, las inversiones, transferencia de tecnología y propiedad intelectual. A este hecho, de carácter cuantitativo, se suma otro, de carácter cualitativo, que se traduce en la progresiva juridización del sistema comercial mundial, lo que se pone en evidencia con la creación de una verdadera organización internacional para la administración del comercio mundial (OMC), con el talante vinculatorio y universal de los acuerdos comerciales multilaterales, así como con la puesta en vigencia de un remozado mecanismo de solución de controversias, para hacer valer los derechos y obligaciones que dimanar de los textos constitutivos, anejos a la carta fundacional de la organización²¹.

²¹ En efecto, los «Acuerdos Comerciales Multilaterales» Anexos 1, 2 y 3 integrantes del Acta final de la Ronda Uruguay integran un marco jurídico único, vinculante para todos sus miembros (A Single Package System). Es del caso recordar que la Ronda Uruguay sucede a la Ronda Tokio y que ésta última ocasionó el desmembramiento del sistema multilateral del comercio, al implantar un esquema conocido como «GATT a la Carta» esto es, acuerdos de adhesión facultativa para los Estados miembros y que cubrían importantes áreas como subsidios, barreras técnicas al comercio, certificaciones fitosanitarias etc. Estos acuerdos, llamados Códigos, estuvieron al origen de lo que John H. Jackson denominó, la «balcanización del sistema», resultado de regímenes jurídicos independientes y opcionales para cada uno de los acuerdos comerciales. El desarrollo del GATT a la Carta tuvo graves implicaciones para el sistema, al erosionar el principio pilar del comercio mundial, el de la cláusula de la nación más favorecida, creando un sistema comercial multilateral «a dos velocidades» donde algunas obligaciones jurídicas pesaban sobre unos Estados y no sobre otros. Baste decir que sólo una tercera parte de los Estados contratantes suscribieron los Acuerdos de Tokio. Esa situación se complicó aún más, en un contexto internacional marcado por un creciente proteccionismo japonés, americano y europeo. En tal sentido, los resultados de la Ronda Uruguay representan la reivindicación del paradigma del libre comercio, mediante la restauración de sus principios constitutivos, aunque esta vez en un contexto ampliado que cubre el tráfico comercial así de bienes como de servicios. De otro lado, es un hecho relevante la aplicación de las cláusulas GATT/OMC a Acuerdos Plurilaterales, vinculatorios para los miembros que los hayan aceptado (Anexo 4 del Acuerdo) y referidos al comercio de Aeronaves Civiles, Productos Lacteos, Contratación Pública, entre otros, materias que siempre estuvieron fuera del ámbito del GATT; las reglas de protección de los derechos de propiedad intelectual como las regulaciones sobre inversiones, se inscriben dentro de la concepción global, unitaria y vinculatoria que sustenta el actual sistema multilateral de comercio. Respecto al carácter de organización internacional de la OMC, esta condición jurídica queda claramente establecida a través del Acuerdo que la instituye

Los acuerdos suscritos en el acta final del ciclo de Uruguay, trascienden el exclusivo campo de la cooperación económica, el de las negociaciones comerciales internacionales; representan, también, un esfuerzo por consolidar el derecho internacional económico, como instrumento de realización de objetivos de asistencia mutua entre los Estados, como un medio de regulación jurídica al servicio de un sistema comercial mundial y como una instancia de solución y prevención de reales y potenciales disputas comerciales. Este hecho, que es fruto de un proceso de consolidación del marco institucional y normativo de la economía mundial, tiene como aspecto nuclear, la profunda transformación operada en el nivel decisional de las políticas comerciales, esto es, el tránsito de la primacía del elemento diplomático o político a la predominancia directriz de la regla de derecho. Este proceso, de «juridización de las relaciones comerciales internacionales»²² tiene como rasgos distintivos, la creación de la Organización Mundial del Comercio y la puesta en vigencia de un sistema judicializado de solución de controversias²³. Por lo demás, la conformación de este escenario comercial multilateral ha estado seguido de un perfeccionamiento y adaptación de las técnicas del derecho internacional económico²⁴ (reglas, instituciones, mecanismos) a las

(esp. Arts I-III y VIII). Asimismo, el Entendimiento sobre Solución de Controversias incorpora un novísimo sistema jurisdiccional de revisión, vía un órgano de apelación que conoce de los recursos interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales. También, la aplicación efectiva de las decisiones de dichos órganos, se ha visto reforzada con medidas que van desde la compensación y suspensión de concesiones hasta específicas sanciones comerciales. Sobre los antecedentes y los alcances jurídicos e institucionales del Acuerdo que crea la Organización Mundial del Comercio: JACKSON, John H. *Restructuring The GATT System*. The Royal Institute of International Affairs, 1990, capítulos 1, 3, 5 y 6. ROESSLER, F. «The Agreement Establishing The World Trade Organization». *College of Europe*. 18/19, noviembre, 1994, pp. 4-20. DEMARET, Paul. *The Metamorphoses of the GATT: From The Havana Charter to The World Trade Organisation*. Op. cit., pp. 123-171. BLACKHURST, Richard. *The Capacity of the WTO to Fulfill its Mandate in: The WTO as International Organization*. Anne O. Krueger (Editora), The University of Chicago Press, 1998, pp. 31-58.

²² REICH, Arie. «From Diplomacy to Law: The Juridization of International Trade Relations, 17». *Nortwestern Journal of International Law and Bussines*. 1996-97, pp. 775 y ss. YOUNG, Michael K. «Dispute Resolution in The Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats, 29». *International Lawyer*. 993, p. 388. STILES, Kendall W. «The New WTO Regime: The Victory of Pragmatism, 4». *Journal of International Law and Practice*. 1995 pp. 3-7. BERMAN, Harold «The Role of International Law: World Law, 18». *Fordham International Law Journal*. 1997, p. 1620.

²³ JACKSON, John H. «Observations sur Les Resultats du Cycle de l' Uruguay». *Revue Générale de Droit International Public*. Tomo 98, 1994/3, pp. 683-685.

²⁴ La rama del derecho internacional público que más se ha desarrollado orgánicamente desde la postguerra acaso sea la del derecho internacional económico. Este desarrollo debe mucho al carácter especial de sus técnicas de elaboración y al cada vez mayor efecto vinculatorio de los acuerdos que rigen entre sus miembros. En ese contexto, resulta de fundamental importancia los aspectos institucionales, esenciales para comprender el encuadramiento normativo de las relaciones económicas. Tal cosa sucede en el plano de las relaciones financieras internacionales con el FMI y en el de las Inversiones con el sistema CIRDI del Banco Mundial. El comercio internacional, pese a no haber contado *ab-initio* con una auténtica estructura institucional, puso en marcha técnicas y procedimientos de una eficacia

necesidades de la cooperación económica internacional y dentro de ello, a las políticas comerciales de los Estados. Este acontecimiento, de creciente prevalencia del elemento jurídico sobre aquel de naturaleza política o diplomática, ha sido descrito magistralmente por autores como Keneth Dam, John H. Jackson y Ernst U. Petersmann²⁵.

La transformación del sistema jurídico e institucional del Comercio internacional ha sido posible merced al exitoso equilibrio de dos tendencias originariamente antagónicas y que marcaron el desarrollo de las relaciones internacionales de la postguerra, a saber: El principio de la soberanía estatal (principio de no intervención - modelo relacional) y el principio de cooperación entre Estados (comunidad internacional - modelo institucional). En efecto, una economía mundial interdependiente se sustenta en los beneficios de la ventaja comparativa, mientras que el derecho internacional se sostiene en el principio de la soberanía de los Estados. Sucede que los textos jurídicos que regulan el actual sistema multilateral de comercio han logrado conciliar estas dos vertientes satisfactoriamente. De este modo, mientras la primera parte del Acuerdo del GATT, cristaliza los principios de la ventaja comparativa y tratamiento nacional, la segunda, crea un régimen de excepciones, librado al manejo de los Estados miembros (Art. XX). A mayor abundamiento, el sistema reconoce el derecho que asiste a todo Estado miembro de fijar sus propias políticas internas y, bajo ciertos supuestos, su propio nivel de protección comercial. En ese sentido, queda claro que el sistema GATT/OMC no ha sido equipado con competencias para resolver problemas internos de sus miembros, como serían los casos de ajustes a las imperfecciones del libre mercado, provisión de bienes, medidas de equilibrio de la balanza comercial, que continúa estando librada a la discrecionalidad estatal.

En lo que toca a la naturaleza de los acuerdos, digamos que el sistema comercial GATT/OMC se basa, *mutatis mutandi*, en tres principios básicos: en primer lugar, el comercio mundial debe realizarse sin discriminación, lo que permite una libre concurrencia de los países en condiciones paritarias; en segundo lugar, cualquier restricción al comercio debe hacerse dentro del marco de las excepciones que contemplan los acuerdos. Por último, el intercambio transnacional de bienes y servicios debe llevarse a cabo dentro de un marco multilateral, como es el que corresponde al sistema GATT/

tal que han servido de base para el funcionamiento de la Organización Mundial del Comercio. Al respecto SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL *Colloque de Nice. Les Nations Unies et le Droit International Economique*. En especial JUILARD, Patrick. *Rapport Introductif*. Ed. Pedone, 1986, pp. 101-168.

²⁵ DAM, Keneth. *Law and International Economic Organization*. The University of Chicago Press, 1970, pp. 3-16. JACKSON, John H. «Strengthening The International Legal Framework of the GATT-MTN System: Reform proposals for The New GATT Round» *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, E.U. Petersmann y Meinard Hilf (Editores), Kluwer Law Taxation Publishes, 1991, pp. 24-36. PETERSMANN, Ernst U. *The GATT/Dispute Settlement System*. Kluwer Law International, 1997, pp. 1-10.

OMC. Estos principios rectores, que encarnan un paradigma económico, parecen haber encontrado un renovado impulso luego de concluida la Ronda Uruguay²⁶.

La realidad del comercio internacional, en su versión moderna, sigue siendo en buena cuenta, la fiel expresión de una constante histórica, que no presenta alteraciones de sustancia sino más bien de grado con los preceptos fundacionales enarbolados desde las épocas de Adan Smith y David Ricardo. Así, la idea de un comercio libre basado en el concepto de la ventaja comparativa, continúa siendo el argumento central del cual descienden principios como los de la especialización productiva, la eficiencia para el desarrollo de economías de escala, o la reducción de costos de producción, considerados los componentes necesarios para impulsar, exitosamente, una economía de mercado de efecto amplificador. Una economía que ha estado, y aún lo está, más preocupada por una correcta asignación de los recursos escasos, estimulando para tal fin, un aumento irrestricto de la producción y el consumo. No debe sorprender, entonces, que desde esa perspectiva, el elemento naturaleza no llegue a constituir un factor de limitación a la actividad económica. Por el contrario, estamos ante un esquema de crecimiento económico que parte de la premisa que los recursos naturales son de suyo renovables y que en tanto se utilice una adecuada tecnología, la actividad productiva del hombre no agota dichos recursos. En ese sentido, la Organización Mundial del Comercio, al igual como aconteció 50 años atrás con la *non-nata* Organización Internacional del Comercio, representa la institucionalización de estos preceptos rectores, esta vez, dentro de un marco organizacional y jurídico de vocación universal. Por lo demás, el actual esquema multilateral de comercio, cuyo fin no es otro que propender a la riqueza de las naciones a través de un aumento, tanto de la producción cuánto del intercambio de bienes y servicios, no parece contribuir a superar los efectos negativos de la economía sobre el medio ambiente, al menos que exista un diseño de gestión ambiental que actúe como eficaz contrapeso. Imaginemos,

²⁶ Sin negar los avances logrados con la suscripción del acta final de la Ronda Uruguay, hay que reconocer la pertinencia de algunas críticas de quienes ven la OMC como una institución con funciones limitadas, que no asume el conjunto de la problemática comercial internacional, no obstante su pretendida vocación universal. Así, se señala que los acuerdos de Uruguay tienen un alcance relativo en cuanto a su extensión material y a la eficacia práctica de estos (servicios financieros, telecomunicaciones, transporte marítimo, etc.) Asimismo, en lo que ocupa a la extensión geográfica de los acuerdos, a su pretendida universalidad, digamos que ésta se resiente con la no incorporación, hasta el momento, de China, la cuarta parte de la población mundial. A lo que hay que sumar una veintena de países (Rusia, Arabia Saudita, Ucrania, etc.) que vienen negociando su adhesión al tratado OMC. Las críticas también se dirigen, a la ausencia de un mejor encuadramiento jurídico de la cooperación internacional comercial, en favor de los países en desarrollo. En ese sentido, resultan muy útiles los argumentos contestatarios de BURDEAU, Geneviève. *Colloque de Nice. La Reorganization Mondiale des Echanges (Problèmes Juridiques)* Op. cit., pp. 205-223. En lo que toca a la globalización económica, la OMC y sus efectos en los países de economías en desarrollo, ver el estudio crítico de DE RIVERO, Oswaldo. *El Mito del Desarrollo*. Mosca Azul Editores, 1998. En especial los capítulos I, II y IV.

simplemente, las consecuencias que tiene sobre la naturaleza la liberalización de los servicios de transporte internacional y sus potenciales secuelas de contaminación, congestión, ruido y afectación de áreas verdes. La propuesta que hacen las naciones desarrolladas, de internalizar el costo ambiental en el precio final de los productos de exportación, resulta, por el momento, muy gravosa para los países en desarrollo. La tesis de los beneficios que aparejaría un comercio libre sobre el medio ambiente al convertirse el primero, en un instrumento generador de riqueza, a través de «una utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de desarrollo sostenible» a tenor del preámbulo del Acuerdo que establece la OMC, no parece ser tan viable, en un sistema jurídico e institucional de comercio multilateral para nada equitativo hacia las naciones en desarrollo. La existencia de áreas fundamentales para las economías de estos países (por ejemplo textiles, agricultura) que implican intensidad en el uso de mano de obra y la realización de actividades extractivas a menores costos, por economía de escala, no están en condiciones de satisfacer los sofisticados estándares de protección ambiental. En suma, las políticas de expansión de la economía internacional, de las que el comercio es parte, deberán tomar muy en cuenta, para la consecución de sus fines, para su pretendida sostenibilidad, la variable del medio ambiente como un referente de verdadera dimensión internacional.

1.2. El Problema del Medio Ambiente

Para nadie es ajeno que hoy en día la protección del Medio Ambiente constituye un problema mayor y un nuevo reto al que se enfrenta la humanidad en su conjunto. Las acciones en favor del medio ambiente han trascendido las demarcaciones políticas de los Estados, por las repercusiones transfronterizas que tienen un sinnúmero de actividades con las que el hombre amenaza o daña el ecosistema: «la protección del agua, de un aire puro, la lucha contra la deforestación y la administración equitativa del patrimonio común, importa una acción global en tanto los sistemas ecológicos están de una u otra manera interconectados. Esto explica que la degradación local tenga tarde o temprano repercusiones regionales y/o mundiales»²⁷. Ante estas vicisitudes, los Estados han puesto en plaza un conjunto de acciones e instrumentos de cooperación internacional, orientados a regular el uso racional y la explotación sostenida de los recursos de los se vale el ser humano para llevar a cabo su modo de vida y producción. Así, desde el plano multilateral, las consecuencias internacionales del impacto ambiental imponen a los Estados restricciones a su soberanía²⁸, al tiempo que

²⁷ GUNDLING, Lothar. «Environment International Protection». *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 9, 1986, p. 120.

²⁸ La Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados señala que los derechos soberanos de éstos, sobre su territorio, deben ser ejercidos sin causar daño a los legítimos derechos de otros

descargan ciertas responsabilidades en el conjunto de la comunidad internacional. Tal cosa sucede, por ejemplo, respecto de la protección de los recursos naturales compartidos, mejor llamado patrimonio común de la humanidad²⁹. Asimismo, la internacionalización del tema ambiental se debe, no en poca medida, a factores de orden económico, a patrones de producción, distribución y consumo de bienes o servicios, que provocan resultados negativos (externalidades) sobre el ambiente y que revisten trascendencia transnacional. Este hecho, se ha acentuado aún más con la globalización de la economía y con la agudización de la extrema pobreza en el mundo. Esta globalización de los problemas ambientales ha llevado a formular propuestas dirigidas a limitar la producción de daños y/o amenazas al medio ambiente, en las distintas dimensiones de su repercusión, vale decir, en los planos global, regional o local. De esto se sigue, que la protección del medio ambiente, que por su índole debe ser internacional, a juzgar por los casos de protección de la capa de ozono, la lucha contra el cambio climático, la deforestación, la preservación de la biodiversidad o el propio comercio internacional, requiere de instituciones e instrumentos que hagan factibles los esfuerzos de la cooperación internacional para el logro de las metas ambientales y de conservación. Estos esfuerzos, indudablemente, sólo pueden tener un mejor resultado mediante la actuación conjunta de la comunidad de Estados.

Al igual como ocurrió en otros órdenes de la vida internacional, a saber, el de los derechos humanos o el propio derecho internacional económico, el desarrollo institucional y normativo de la protección internacional del medio ambiente ha tenido un decisivo impulso, gracias a la labor desplegada en el seno de las organizaciones internacionales. Se trata, básicamente, de una acción normativa, entendida ésta en su más amplia acepción, que va desde la preparación de textos jurídicos de naturaleza convencional, hasta el diseño de una política jurídica que ha echado mano de una gran variedad de documentos como recomendaciones, guías, declaraciones, estándares, y de técnicas de gestión como supervisiones, mecanismos de control, vigilancias, reportes, monitoreo, etc. El caso de la ONU, la organización internacional más representativa de la postguerra, y de sus agencias especializadas, es por demás ilustrativo. En efecto, pese a que tanto en la Carta como en los instrumentos jurídicos constitutivos de las agencias especializadas no se hacía mención a la protección internacional del ambiente y que tampoco se contempló, entre sus objetivos, políticas de prevención contra la contaminación ambiental o contra la sobreexplotación de recursos y menos aún de la necesidad de un desarrollo sostenible³⁰ hay que reconocer el encomiable trabajo de esta

Estados. Esta misma dirección se encuentra en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Sobre el impacto del medio ambiente en la soberanía de los Estados: HUGHES, David. *Environmental Law*. Butterworths, London, 1992, p. 83.

²⁹ Kiss, Alexandre. «La Notion de Patrimoine Commun de l' Humanité». *Recueil des Cours*. 1982-II, ADI, Tomo 175, p. 109.

³⁰ BIRNIE, Patricia. *The UN and the Environment in United Nations, Divided World: The UN'S Roles in International Relations*. Roberts & Kingsburg (Editores). Clarendon Press, Oxford 1993, p. 110.*

organización en favor de la protección ambiental, que muestra unos resultados tan significativos, con lo hecho en la Conferencia de Estocolmo de 1972 y en la Cumbre de la Tierra de 1992³¹. En verdad, este interés de la organización por los asuntos ambientales data de décadas atrás; Así, en 1948 la ONU patrocina una Conferencia convocada por la UNESCO sobre la Unión para la Conservación Mundial y que marcó un hito en el tratamiento ambiental por parte de los Estados y de las instituciones especializadas. Este ejemplo ha proseguido, fecundamente, en el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Marítima Internacional (OMI), la Agencia Internacional de Energía Atómica (AIETA) la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD), El Banco Mundial, por citar algunos³². Aunque resulta ya un tópico mencionarlo, el origen moderno de la protección internacional del medio ambiente se sitúa en la Conferencia de Estocolmo de 1972 convocada por las Asamblea General de Naciones Unidas en 1968 y de ahí en adelante esta acción en pro del medio ambiente continuó rápidamente su evolución, con una mayor focalización por los problemas ocasionados por la degradación de las condiciones materiales de vida, resultado de los procesos de industrialización, de transformación y de actividades del sector terciario considerados contaminantes, y de efectos negativos para el equilibrio ecológico mundial.

La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 constituye el referente histórico más importante, que pone en marcha la acción colectiva de los actores internacionales, contra los efectos de la degradación global del medio ambiente. Estamos, en pocas palabras, ante una acción de dimensión planetaria, que concibe el medio ambiente como una unidad de la que no cabe aislar partes artificialmente. Esta nueva percepción de la vida humana, se dio en un momento de vivos cuestionamientos a valoraciones exclusivamente cuantitativos del desarrollo social, que trajeron un culto ilimitado hacia la producción y el consumo. Aparece, entonces, la noción de «calidad de vida» como una idea integradora de esquemas de desarrollo económico en el marco de una sana explotación del entorno natural. En esa dirección, la Declaración sobre el Medio Ambiente de 1972 constituye, a un tiempo, el instrumento jurídico más representativo de protección internacional del medio ambiente y la base ideológica que ha inspirado un apreciable número de acciones nacionales e internacionales de tutela ambiental³³. Asimismo, el Principio 10º de esta Declaración contiene una penetrante referencia a la conexión entre medio ambiente y

³¹ BIRNIE, Patricia. Op. cit., p. 114.

³² DUPUY, Pierre-Marie. «L'Action des Organisations Internationales dans le domaine de l' Environnement». *Manuel sur les Organisations Internationales*. M.Nijhoff Pub-ACDI, 1988, p. 601.

³³ H. SOHN, Louis. «The Stockholm Declaration on the Human Environment, 14». *Harvard International Law Journal*. 1973, p. 100.

desarrollo económico, en el marco de la relación de economías desarrolladas y en desarrollo^{34 35}.

La Declaración se complementa con un Plan de Acción para el Medio Ambiente, un documento compuesto por 109 resoluciones, que trata de medidas de gestión ambiental, así como de mecanismos de coordinación y cooperación internacionales a cargo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente e instituciones especializadas del sistema ONU. La trascendencia de la Conferencia de Estocolmo puede ser resumida con estas palabras: «Desde 1972 hasta el presente la protección internacional del medio ambiente ha tenido una expansión por demás vertiginosa: hemos pasado de instrumentos de regulación de la contaminación transfronteriza a acuerdos de carácter global; de controles de emisiones en lagos a regímenes de alcance general; de la preservación de ciertas especies a la conservación del conjunto del ecosistema; de instrumentos internacionales esencialmente declarativos, a tratados multilaterales de efecto vinculatorio. Asimismo estos instrumentos normativos han sido fortalecidos con nuevos impulsos institucionales y normativos»³⁶. A todo esto se agrega la participación de la opinión pública en la escena internacional, que se canaliza por acción de las organizaciones internacionales no gubernamentales³⁷.

La Declaración de Estocolmo adoptada en la Conferencia NNUU sobre el Medio Ambiente Humano sólo puede ser comparada con otro instrumento internacional de jaez constitucional, como es la Declaración de Río adoptada en 1992 en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y que representa el primer esfuerzo de concertación global por hacer mutuamente consistentes las tendencias de la economía internacional con las necesidades de protección ambiental y de la que provino un apreciable número de instrumentos internacionales (tratados, resoluciones y normas programáticas) que han contribuido tanto al desarrollo de normas consuetudinarias como a enriquecer el derecho internacional ambiental de origen convencional³⁸. Por su contenido, la Declaración de Río comprende un conjunto de compromisos entre las

³⁴ KISS, Alexandre y Jean-Didier SICAULT. «La Conférence des Nations Unies sur L' Environnement». *Annuaire Francais de Droit International*. XVIII, 1972, p. 615.

³⁵ KISS, Alexandre y Jean-Didier SICAULT. Op. cit., p. 615

³⁶ WEISS, Edith Brown. «International Environmental Law: Contemporary Issues and The Emergence of a New World Order, 81». *Georgetown Law Journal*. 1998, pp. 679-680.

³⁷ El rol de las organizaciones no-gubernamentales en la esfera del medio ambiente ha adquirido una significación cada vez mayor, como lo demuestra los resultados del foro de las ONGs llevado a cabo paralelamente a la Cumbre de Río. Esto no sucede en el ámbito GATT/OMC, donde las ONGs siguen siendo vistas como un obstáculo para las negociaciones intergubernamentales. En ese sentido, véase CHARNOVITZ, Steve. «Participation of Nongovernmental Organizations in the World Trade Organizations 17». *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 1996, pp. 332-357.

³⁸ SAND, Peter H. «UNCED and the Development of International Environmental Law, 8». *Journal of Natural Resources & Environmental Law*. 1992-93, p. 210.

naciones respecto del tratamiento conjunto del desarrollo económico y la protección ambiental: A pesar que la Declaración de Río es un instrumento internacional de carácter no vinculante, algunas de sus estipulaciones reflejan la convicción jurídica de los Estados respecto de algunos principios de derecho internacional ambiental. En ese sentido, y a diferencia de su precedente de Estocolmo, el lenguaje del texto de Río no esconde su vocación normativa vinculatoria. Asimismo, los 27 principios que componen la declaración forman un todo integrado y es de esta manera como debe concebirse el instrumento jurídico contenido en la Declaración. De otro lado, la Declaración refleja el consenso entre los países respecto de la necesidad de impulsar la adopción de instrumentos internacionales de protección ambiental. El caso del principio «objetivos comunes, responsabilidades diferenciadas» cristaliza el compromiso de los Estados en la lucha en favor del ambiente, al reconocer que ante las desigualdades existentes entre las naciones, corresponde aceptar que los Estados menos desarrollados adecuarán el cumplimiento de sus obligaciones a sus capacidades económicas. También, la reunión de Río ha establecido, de manera definitiva, la íntima conexión entre protección ambiental y crecimiento económico³⁹. Asimismo, se han sentado las bases normativas para un desarrollo jurídico del concepto de «desarrollo sostenible»⁴⁰. Por ejemplo, el principio 12º de la Declaración de Río, alienta a los Estados para cooperar en el dominio de la protección del medio ambiente, en el contexto de un sistema económico internacional abierto. Bajo esas premisas, las medidas comerciales, que adoptan los Estados con fines de protección ambiental, no son en principio recomendables menos aún si se tratan de medidas de corte proteccionista.

Después de casi ocho años de la Cumbre de Río, se hace evidente, más allá de algunos significativos logros, las dificultades que afronta la comunidad internacional para hacer realidad, de manera concertada, los compromisos asumidos en 1992⁴¹.

³⁹ ESTY, Daniel. «Beyond Rio: Trade and Environment, 23» 3. *Environmental Law*. 1993, p. 388.

⁴⁰ Existen cinco principios que destacan, como los más importantes elementos del concepto de desarrollo sostenible «(a) El énfasis sobre la calidad de vida antes que los soportes a la producción de mercancías; (b) una visión integradora de la contaminación y recursos naturales con el conjunto de los componentes del medio ambiente; (c) tratar el medio ambiente como un recurso económico (d) diferenciar países desarrollados y en desarrollo respecto a sus responsabilidades ante el daño ambiental; y (e) Necesidad de armonizar políticas, estrategias y prácticas nacionales». SANWAL, Mukul. «Sustainable Development: The Rio Declaration and Multilateral Cooperation, 4». *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1993, pp. 45-46.

⁴¹ En realidad, el problema cardinal reside en la falta de mecanismos efectivos que conlleven el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en dicha conferencia. La propia agenda 21 con todas sus innovaciones, no contiene mayores precisiones a ese respecto. La sola mención a mecanismos de implementación contenida en el Capítulo 39 resulta insuficiente, a más de otras limitaciones. En ese sentido, compartimos las críticas que formula WOLFRUM, Rudiger. «Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law, Academie de Droit International». *Recueil des Cours*. 1998, Tomo 272, pp. 27-28.

Una situación preocupante, dado el actual contexto de continuo deterioro del medio ambiente. El proceso de globalización del medio ambiente, que se hiciera perceptible desde 1972, momento en que se produce el tránsito de un manejo ambiental local, a una acción estatal latitudinaria, ha llevado a que se inscriban los asuntos ambientales como los de mayor relevancia en la agenda de los Estados para el siglo XXI. Al mismo tiempo, el progreso de este «derecho ambiental global» se hace más evidente con la adopción de instrumentos jurídicos de protección ambiental. El modelo más representativo, a este respecto, es quizás el de la lucha contra la contaminación, que ha ido desarrollando formas de control integrado con miras a evitar la transferencia de la contaminación de un medio a otro como sería, verbigracia, el caso del aire. Estos logros, sin embargo, devienen insuficientes frente a la envergadura de los problemas ambientales, como también de cara a las dificultades de una gestión ambiental multilateral descentralizada. De ahí la importancia de contar con instituciones, normas y procedimientos que hagan eficaces estos mecanismos. Por otro lado, en cuanto a las relaciones entre economía y medio ambiente, no cabe duda que la piedra angular de esta vinculación pasa por esclarecer los alcances de la noción de desarrollo sostenible. Para los defensores del libre comercio, el desarrollo sostenible no es otra cosa que la ejecución de una adecuada política de internalización de los costos de producción, valiéndose para tal fin del auxilio de instrumentos económicos. Pero hay quienes no lo limitan sólo a esto y ven el desarrollo sostenible como un asunto que trasciende la correcta asignación de costos, y que más bien mete en cuestión las bondades de la actual economía internacional. Ciertamente, estamos ante un asunto complicado que necesita de un tratamiento aparte. En lo jurídico, la influencia del concepto de desarrollo sostenible se hace sentir desde diferentes planos. Normativamente, la noción está consagrada en no pocos instrumentos internacionales. Lo mismo está sucediendo en el ámbito del derecho judicial. Así, en la sentencia del 26 de setiembre de 1997 recaída en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, entre Hungría y Checoslovaquia, la Corte Internacional de Justicia, aunque sin utilizar los términos desarrollo sostenible, ha señalado que el medio ambiente «no es una abstracción sino más bien el espacio donde viven los seres humanos y del cual depende su calidad de vida para las generaciones presentes y futuras». Esta perspectiva jurídica es fundamental, como se verá, para mejor comprender la relación entre comercio y ambiente.

1.3. La relación Comercio-Ambiente

Como objeto de política internacional y más aún, como asunto de reflexión académica, el tema de la relación comercio-ambiente es, incontestablemente, un fenómeno reciente, en especial de los últimos 30 años. En efecto, si bien la vinculación del comercio internacional con el medio ambiente data de más de una centena de años, dicha relación se da en un contexto muy diferente al presente, esto es, sobre una base geográfica limitada, en razón de la soberanía irrestricta de los Estados sobre sus re-

cursos, así como en conexión con sectores específicos, como fueron los casos de protección de la fauna y flora. De esta suerte, tratados internacionales fueron celebrados en el siglo pasado, los cuales incluían restricciones comerciales con fines de protección ambiental. A modo de ilustración, tenemos acuerdos como el de 1870 sobre el uso de medidas comerciales para protección ambiental y que dio lugar, en 1893, a un sonado arbitraje entre los EEUU y el Reino Unido (*The Bearing Sea Arbitration*), respecto de los derechos que le asiste a un Estado (EE.UU.) de aplicar unilateralmente restricciones comerciales a otro (Reino Unido) con fines de protección ambiental. Este laudo descalifica, a la luz del derecho internacional de entonces, la medida americana por tratarse de una aplicación extraterritorial del derecho interno de un Estado, algo que no se ajusta con los principios de base que sustentan las relaciones entre los Estados; también, es de mencionarse la primera Convención sobre la protección de la vida salvaje de 1900, destinada a asegurar la conservación de las diversas especies animales que viven en estado silvestre⁴² o, de otro lado, el de la conferencia internacional de Ginebra de 1906 en la que se adoptó un tratado de prohibición de producción y comercio de fósforos blancos los que estaban ocasionando enfermedades en las fábricas; lo propio con los tratados de preservación y protección de piel de foca, protección de aves migratorias, entre otros⁴³. Este panorama no varió durante las décadas siguientes. En los años 30⁷ se produce una importante controversia entre Canadá y los Estados Unidos, que derivó en el arbitraje de la Fundación de Trail⁴⁴. Este arbitraje puede ser considerado como el punto de partida de un derecho internacional del medio ambiente, pues el laudo enuncia tres principios de derecho internacional de relevancia ambiental; en primer lugar, la regla por la que los Estados devienen responsables por los daños ambientales que causen actividades realizadas dentro de su territorio⁴⁵; en segundo lugar, el laudo esboza el principio precautorio, ya que la sola amenaza de daño ambiental es razón suficiente para emplazar al Estado responsable. Por último, este arbitraje constituye la simiente del principio «quien contamina paga».

Es a partir de la segunda mitad del presente siglo y al influjo de los modelos económicos de crecimiento expansivos de la economía internacional y del comercio, que el tema ambiental aparece ocupando, progresivamente, un espacio en el debate internacional como contrapeso a esquemas de desarrollo industrial basados en la sobreexplotación de

⁴² Kiss, Alexandre. *Droit International de l' Environnement*. Ed. Pedone, 1993, p. 34.

⁴³ Lyster, Simon. *International Wildlife Law*. Grotius Publications, 1985, p. 62.

⁴⁴ Read, John E. «The Trail Smelter Dispute». *The Canadian Yearbook of International Law*. Vol. I, Tomo I, 1963, pp. 213-229

⁴⁵ Este principio de responsabilidad de un Estado, por hechos ocurridos dentro de su territorio pero que afectan a otro Estado, fue establecido como una regla de derecho internacional general en el caso Corfu (Inglaterra con Albania) llevado a cabo ante la Corte Internacional de Justicia en 1949. Véase VERA ESQUIVEL, Germán. *Negociando Nuestro Futuro Común*. FCE-IDEA, 1996, pp. 41-42.

los recursos naturales. En la década de los 70 surgen los primeros cuestionamientos a los modelos económicos de crecimiento puestos en marcha en los países de economía avanzada. Con posterioridad a la crisis internacional 1973-1980 el problema del medio ambiente toma un renovado brío y el debate ecológico adquiere una dimensión *urbi et orbi*. Esta internacionalización de los problemas ambientales se enlaza con el inicio de un proceso de globalización de la economía mundial. Como fruto de la globalización de la economía la crisis ambiental se hace más patente. Una economía globalizada tiene como correlato una acelerada liberalización de la economía y una intensificación del comercio internacional a través de una mayor apertura de los mercados. Asimismo, la globalización ejerce un efecto de arrastre sobre otros aspectos de la vida económica que resultan concomitantes al comercio. Este proceso de internacionalización de la economía ha sido considerado, por un sector de la opinión pública, como un hecho positivo para la defensa ambiental, pues a través del libre comercio las economías de los países tienden a mejorar lo que apareja una asignación eficiente de recursos en el planeta, lográndose, de este modo, formas de expansión económica de desarrollo sostenible. Otros, sin embargo, aseguran que en tanto las normas e instituciones que regulan el comercio internacional no adecuen su dinámica a las exigencias ambientales, el modelo de desarrollo económico estará siempre reñido con los postulados del desarrollo sostenible constituyendo una grave amenaza contra el ecosistema.

En puridad, tres son las razones que justifican la dimensión ecológica que ha adquirido el actual comercio internacional. En primer lugar, es evidente que la intensificación del tráfico comercial modifica el volumen de la repartición geográfica de las actividades de producción o de consumo y que esto tiene un efecto directo sobre el medio ambiente; en segundo lugar, el comercio internacional se puede ver afectado como resultado de las políticas ambientales impuestas por los Estados y por los instrumentos económicos de los que se pueden éstos servir, como impuestos, tasas, contribuciones, subvenciones, etc., y que inciden en los precios relativos de los bienes y servicios, con el consecuente impacto sobre la competitividad de las empresas. Finalmente, por tratarse de una problemática que no respeta demarcaciones políticas, los asuntos ambientales solo pueden ser tratados globalmente, lo cual implica realizar un esfuerzo en favor del multilateralismo⁴⁶. A todo esto, hay que añadir el complejo tema de las medidas comerciales restrictivas, aplicadas con propósitos ambientales y que derivan tanto de actos unilaterales de los Estados cuanto las que fluyen de tratados multilaterales de protección ambiental.

La particular complejidad de la relación comercio-ambiente llega a ser tal, que pese a compartir ambos sectores las mismas orientaciones, esto es, globalización,

⁴⁶ ANDERSON, Kym y Richard BLACKHURST. «Commerce International Environment et Politiques». *Commerce Mondial et Environnement*. Op. cit., pp. 6-7. HURRELL, Andrew y Benedict KINSBURY. *The International Politics of The Environment: An Introduction*. Clarendon Press-Oxford, 1992, p. 1.

cooperación, integración, multilateralismo, éstas se traducen de forma muy diferente, según sea su apreciación ambiental o comercial. Así, tenemos los casos del concepto de producto, la noción de soberanía del Estado, o los límites del intervencionismo del poder público por externalidades negativas o imperfecciones del mercado (*market failures*) El caso relativo al concepto de producto es por demás ilustrativo. Así, dentro del marco de un sistema comercial abierto, las diferencias en los procesos de elaboración de un producto no tienen mayor importancia en el otorgamiento de beneficios comerciales. Un zapato es un zapato, independientemente de los procesos de producción a los que haya estado sometido. Algo muy diferente ocurre en la órbita de protección ambiental donde la noción de producto abarca el ciclo que va desde el proceso de elaboración del bien hasta su post-consumo (*chain management*). Esto, que está al origen de muchas controversias al interior del GATT/OMC, (producto final versus métodos y/o procesos de elaboración) constituye un asunto que, como se verá más adelante, divide marcadamente a los ambientalistas con los defensores del libre comercio⁴⁷.

De otro lado, un tema que permite también advertir los desencuentros entre comercio y ambiente es el que toca a aquellos supuestos en los cuales la actividad comercial internacional provoca *per se* un efecto ambiental negativo. En ese sentido, cuando se habla del daño ambiental que produce el comercio internacional se pueden considerar al menos tres situaciones, a saber:

1. Cuando el producto objeto del comercio causa daño físico.
2. Cuando el comercio engendra el daño físico a través del mercado
3. Cuando el producto objeto del comercio daña económicamente a través del mercado⁴⁸.

El daño físico consiste en toda afectación negativa de efecto tangible sobre la gente, animales o un ecosistema cualquiera. Así, por ejemplo, la importación de ciertas categorías de automóviles cuyo uso acarrea un daño a la capa de ozono. El daño económico a través del mercado traduce el impacto negativo que puede tener el comercio. Como ejemplo tenemos el caso de una plaga, a consecuencia de una importación de semillas que terminan afectando la producción agrícola nacional. La diferencia entre ambos, es que el daño físico comprende la vida y la salud humana, animal o vegetal, mientras que el daño económico impacta sobre la vida económica, provocan-

⁴⁷ VERBRUGGEN, Harmen y Onno KUIK. *Environmental Standards in International Trade: Challenges to The World Trade Organization*. Pitou Van Dijck and Gerrit Faber (Editores). Kluwer Law International, 1996.

⁴⁸ CHARNOVITZ, Steve. «Trade Measures and the Design of International Regimes, 2». *Journal of Environment & Development*. 1996, p. 169.

do pérdidas. El comercio puede asimismo ocasionar un daño económico, en no pocos casos. Esto se puede presentar cuando una importación de un bien determinado afecta la economía interna de un Estado, minando su producción interna, agravando los niveles de desempleo, ocasionando la devaluación de la moneda, la ausencia de liquidez, etc.

Por otro lado, las medidas comerciales adoptadas con propósitos de protección ambiental pueden ser agrupadas bajo tres criterios: si los Estados son capaces de aplicar sus propios estándares a los productos importados, estaríamos frente a un caso de aplicación de estándares nacionales. Por el contrario, si los Estados deben aceptar los estándares ambientales del país exportador, estaríamos ante un reconocimiento mutuo. Por último, si los Estados están de acuerdo con seguir un determinado estándar común tendríamos un típico caso de armonización⁴⁹. Asimismo, es posible identificar algunos puntos de conflicto respecto de los medios con que cuentan estas disciplinas para la aplicación de sus políticas. En ese sentido, encontramos tres aspectos a destacar:

1. Ausencia de un ente regulador. La ausencia de un marco institucional de administración de los asuntos ambientales, con competencias generales y centralizadas constituye una carencia que conspira grandemente contra cualquier esfuerzo de coordinación multilateral de las políticas ambientales con sus correspondientes comerciales. Definitivamente, se trata de un área de conflicto pues ante la ausencia de un ente regulador, no resulta posible establecer un marco de coordinación centralizado de estas dos políticas. Ciertamente es que a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 no han faltado esfuerzos por institucionalizar la política de protección ambiental, partiendo de la propia infraestructura que provee la ONU. Pero este esfuerzo ha desembocado, contrariamente a lo que se esperaba, en una atomización de agencias especializadas, compartimentos estancos, con un nivel de coordinación a todas luces insuficiente, al menos como para amalgamar, de forma integrativa, la política internacional sobre protección ambiental, que requieren una respuesta global antes que regional o local. El sistema comercial internacional, en cambio, si goza de un referente institucional centralizado como es el caso de la OMC con competencias exclusivas en lo que atañe al comercio multilateral.

2. Conflicto de instrumentos. En un mundo globalizado y de amplia competitividad internacional las empresas que asumen el costo ambiental a través de su internalización tienden a encontrarse en una situación de desventaja comparativa frente aquellas industrias que no asumen tal costo o que asumiéndolo, este se canaliza a través de la ayuda financiera del Estado o, lo que es más grave, mediante una política de subsidios.

⁴⁹ CHARNOVITZ, Steve. «The Regulation of Environmental Standard by International Trade». *Int Envt Rep.* (BNA), 1992, pp. 631-632.

La existencia, en el plano internacional, de distintos grados de internalización del costo ambiental empuja, también, a diferencias en los precios relativos internacionales de los bienes y servicios y, por ende, a distorsiones comerciales. Los conflictos de instrumentos no hacen sino expresar que las políticas comerciales y las ambientales parten de dos premisas conceptual y operativamente diferentes. Por otro lado, los desequilibrios entre las naciones que aplican estándares de control ambiental y aquellas otras que cumplen de manera insuficiente o que simple y llanamente no cumplen con asumir dicho costo, puede convertirse en una fuente de restricciones comerciales; por ejemplo, en lo que ocupa a las importaciones, los países de economías desarrolladas han contemplado como posible solución, aplicar al interior del sistema GATT/OMC el principio económico «quien contamina paga» (*the polluter pays principle*). Este principio se considera como la fórmula más aceptable para internalizar el costo ambiental evitando, de esta manera, distorsiones de precios en el intercambio comercial⁵⁰.

⁵⁰ El principio «quien contamina paga», constituye una de las herramientas de base para la internalización y/o asignación del costo ambiental. En pocas palabras, se trata de un instrumento económico por el cual quien contamina debe soportar los gastos y asumir las medidas de internalización dictadas por la autoridad pública, haciendo posible que el precio relativo de un producto incluya el costo referido al factor ambiente. Este principio tiene su origen en el seno de la OECD (Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo) en los años 70 y fue formulado como un principio económico, aplicado a la imputación de los costos que están asociados a la prevención y lucha contra la contaminación. En general, corresponde al contaminador asumir la totalidad de los costos provocados por la prevención y la lucha contra la contaminación que ha sido ocasionada. Esto significa, que salvo excepciones justificadas (con frecuencia se citan los casos de la investigación científica destinada al desarrollo de técnicas de lucha contra la contaminación, o ayudas temporales por desequilibrios socio-económicos), el contaminador debe hacer frente a estos costos sin ayuda alguna, o sea ni subvenciones, ni deducciones fiscales, ni facilidades tributarias de compra de maquinaria, etc. Asimismo, la internalización del costo ambiental comprende los llamados «costos totales» vale decir que estos van más allá de la acción compensatoria directa en la fuente de contaminación, comprendiendo los costos de las medidas administrativas tomadas a consecuencia de la contaminación, los gastos por los daños causados a terceros por la contaminación o incluso la responsabilidad transfronteriza que obliga a una asistencia económica al Estado afectado. Ahora bien, hemos dicho que el principio «quien contamina paga» no hace sino reflejar la imputación de costos atribuidos al contaminador. Entonces, ¿Qué debemos entender por contaminador? Siguiendo a Smets, debemos entender por contaminador «aquél que directa o indirectamente causa un daño al medio ambiente o crea las condiciones conducentes a provocar dicho daño». Esta definición lata de contaminador permite comprender no sólo a la persona o ente que está al origen de la contaminación sino al agente económico que juega un rol acaso más determinante sobre la contaminación. Esta definición tiene, también, una gran utilidad práctica, sobre todo de orden económico. Así, el contaminador es la persona o entidad a quien compete una responsabilidad objetiva por contaminación. El principio no es en sí mismo un régimen de responsabilidad material en tanto no designa al responsable de la contaminación. Esto quiere decir que la calidad de contaminador puede ser la de un primer pagador, lo cual no obsta para que se repita el pago frente al responsable material o causal de la contaminación. La intervención del Estado, en estas circunstancias, no puede ni debe ser descartada. El principio quien contamina paga es hoy por hoy un principio de estatura internacional. Dentro de esa línea, el Principio 16 de la Declaración de Río

3. El uso de medidas comerciales con propósitos ambientales. En los países de economía avanzada existe consenso en que el uso de medidas comerciales con propósitos ambientales, representan un instrumento indispensable y particularmente efectivo para hacer valer las obligaciones de protección ambiental que los Estados asumen en el plano multilateral. Los países en desarrollo, por su parte, ven este tipo de instrumentos como esquemas comerciales neoproteccionistas, a más de considerarlos como una fórmula que resulta atentatoria contra su soberanía. La realidad, sin embargo, nos alerta que se hace cada vez más frecuente recurrir al expediente de sanciones o, si se quiere, restricciones al comercio exterior, incluyendo cláusulas de esta tesitura en los tratados multilaterales de protección ambiental. Estas cláusulas comerciales no se presentan como un hecho aislado sino forman parte de otras medidas que incluyen compromisos de asistencia técnica, financiera, controles, etc. Los objetivos que se buscan con estas medidas comerciales, van desde el control internacional de actividades de intercambio consideradas en sí mismas dañinas para el medio ambiente, el control del tráfico de sustancias peligrosas hasta la preservación de la integridad de los recursos compartidos (global commons). Las medidas comerciales con propósitos ambientales deben cumplir forzosamente ciertos requisitos, a saber: transparencia, a través de la obligación que tienen los Estados de notificar sobre regulaciones ambientales adoptadas y su impacto en el comercio internacional; legitimidad, que no es otra cosa que la evidencia científica o técnica respecto de la necesidad de esta medida, la que en rigor no debería ir más allá de lo estrictamente necesario. Finalmente, subsidiaridad lo cual significa que si el objetivo ambiental puede lograrse por otro medio, las medidas comerciales deben evitarse. Las medidas comerciales pueden asimismo adoptar la forma de actos unilaterales de uno o más Estados, afectando el comercio de un determinado bien. Aquí vale distinguir la medida unilateral cuyo efecto es de carácter interno, y que por lo tanto constituye una medida complementaria contra externalidades negativas de aquella de carácter discriminatorio. Un claro ejemplo de esta distinción está en el acuerdo GATT/OMC relativo a los obstáculos técnicos al

hace mención al principio, como uno de internalización general de costos. También el Principio 13º de esta misma Declaración prevé que los países puedan desarrollar, a este respecto, mecanismos indemnizatorios.

Si bien el principio «quien contamina paga» goza de predicamento en los países desarrollados y ha sido incorporado *inter alia*, en los instrumentos a los que hemos hecho referencia, no se ha traducido aún como una regla jurídica de aplicación general en el conjunto de la comunidad internacional. El problema radica en cómo establecer las obligaciones económicas de los Estados, en un contexto de responsabilidad en el uso de instrumentos económicos y reglas referidas a la competencia internacional. Sobre la dimensión ambiental y comercial del principio: STEVENS, Candice. «Interpreting The Polluter Pays Principle in The Trade and Environment Context. 27». *Cornell International Law Journal*. 1994, pp. 577-590. SMETS, Henri. «Le Principe Pollueur Payeur». *Revue Générale de Droit International Public*. Tomo 97, 1993-2, pp. 339-364.

comercio⁵¹. Más ¿qué debemos entender por una medida comercial? Una medida comercial no es sino la aplicación de una tasa o una regulación sobre un bien o servicio. Esta medida comercial puede ser discriminatoria o no discriminatoria. Hay discriminación cuando productos considerados iguales (el ejemplo del zapato) son considerados de manera diferente. En el caso contrario no habría discriminación (por ejemplo, en los casos de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida). Las regulaciones pueden darse bajo la forma de estándares o prohibiciones y en el caso de estas últimas pueden asumir la forma de una prohibición total o parcial.

II. DERECHO INTERNACIONAL DEL COMERCIO⁵² (DIC) Y DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (DIMA)

2.1. Marco General

El derecho internacional del comercio y el derecho internacional del medio ambiente son dos disciplinas jurídicas que son consideradas autónomas la una de la otra. El primero, es parte del derecho internacional económico⁵³ y su evolución está ligada a

⁵¹ En efecto, el acuerdo relativo a los obstáculos técnicos al comercio señala en su artículo 2.2 que los Estados miembros se asegurarán «que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional». Respecto a los objetivos legítimos de estos reglamentos técnicos, estos se refieren «a imperativos de seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud y seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal o del medio ambiente».

⁵² Empleamos la locución Derecho Internacional del Comercio, con la finalidad de distinguirla de la de Derecho de Comercio Internacional, que es la rama del derecho Internacional privado que se ocupa de regular las relaciones jurídicas de los operadores del comercio internacional, y que en rigor, tiene un ámbito material y normativo distinto del que corresponde al sistema GATT/OMC ya que se sustenta en lo que se denomina *Lex Mercatoria*. En ese sentido, DAVID, René. «Droit de Commerce International». *Económica*. 1992, pp. 3-10. FERNÁNDEZ ROSAS, J. C. y S. SÁNCHEZ MORENO. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Ed. Civitas, 1995, pp. 173-179.

⁵³ En efecto, el Derecho Internacional Económico es «aquella rama del derecho internacional Público que trata, de una parte, los aspectos jurídicos de la instalación en el territorio de los Estados, de los diversos factores de producción que provienen del extranjero y, de otra parte, de las transacciones internacionales, relativas a los bienes, servicios y capitales». A todo esto habría que sumar, los aspectos jurídicos de las operaciones financieras de carácter multilateral. Sobre los alcances de la noción «derecho internacional económico»: CARREAU, Phillipe, JUILLARD, P. y T. FLORY. *Droit International Economique*. Paris: LGDJ, 1994, pp. 3-15. También SCHAWRZENBERGER, George. «The Principles of International Economic Law, Academie de Droit International». *Recueil des Cours*. Tomo 117, 1966-I, pp. 7-10. JACKSON, John H. «Economic Law». *International Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 8, p. 150. SEIDL-HOHENVELDERN, I. «International Economic Law». *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Vol. 198, 1986-III, pp. 21-22. BLAGOJEVIC, Borislav. «Quelques Caracteristiques du Droit International Economique, 2». *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1984, pp. 273-282.

los procesos formativos del orden económico internacional del siglo XIX, los acuerdos de Bretton Woods de la postguerra, la búsqueda de un nuevo orden económico internacional entre las décadas del 60 y 80 y, actualmente, al proceso de globalización de la economía. El segundo, asoma en la segunda mitad de los años 60, adquiriendo sus rasgos definitivos durante el periodo que media entre la conferencia internacional de Estocolmo de 1972 y la cumbre de Río de 1992. Es durante ese interregno que esta nueva rama del derecho internacional fija su ámbito material de aplicación y las técnicas jurídicas de las que hace uso. Esta afirmación, sin embargo, no pasa en alto que desde el arbitraje del Mar de Behring de 1893 y particularmente en el presente siglo, con el *dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Corfú, sobre las obligaciones de los Estados de usar su territorio respetando los derechos de otros Estados, y con los laudos expedidos en los casos de la Fundición Trail y Lago Lanós, se fue gestando una *opinio juris* enderezada a establecer los criterios jurídicos de la responsabilidad objetiva de los Estados, y la aplicación de este instituto a los daños ocasionados por contaminación transfronteriza. Pero estos antecedentes, se propiciaron al influjo de un derecho internacional general, al que no se le dotó de los medios para tratar apropiadamente la protección ambiental internacional, vale decir, de instituciones, normas y procedimientos que regulen, de manera específica, las consecuencias del daño o amenaza al medio ambiente.

De otro lado, las estructuras jurídicas del derecho internacional del comercio difieren, en varios aspectos, de las que sostienen el derecho internacional del medio ambiente. Por de pronto, el derecho internacional del comercio se sustenta en un tratado multilateral *quasi* universal, como es el que instituye la OMC y sus acuerdos complementarios, a lo que se agrega, una trama de observancias que emergen del propio quehacer institucional. La llamada práctica del consenso, como mecanismo de aprobación de medidas complementarias a los acuerdos GATT/OMC o el de las consultas, como etapa preliminar en la solución de controversias comerciales, son bastante ilustrativas de esta situación. El grado de especialización jurídica del comercio internacional ha llegado a ser de tal entidad, que no son pocos quienes miran el sistema jurídico GATT/OMC como uno de carácter autónomo, a la manera de un *self-contained regimen in international law*⁵⁴. Esta especificidad institucional y jurídica parece consolidarse aún más luego de concluida la Ronda Uruguay, ya que los Acuerdos establecen que en caso de conflicto entre una norma contenida en el Acuerdo que instituye la OMC y cualquier otro acuerdo multilateral, el primero prevalecerá (Artículo XVI numeral 3 del Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio). Por el contrario, la protección internacional del medio ambiente no goza de la cobertura jurídica de un acuerdo similar. Como ha hecho notar Petersmann, no existe en el

⁵⁴ KUYPER, P. J. «The Law of GATT as Special Field in International Law. 25». *Netherlands Yearbook of International Law*. 1994, p. 228.

campo ambiental una «organización paraguas» (*umbrella organization*) equivalente de la OMC. Por lo demás, el sueño de los ambientalistas de contar con una Organización Mundial del Medio Ambiente a imagen de la OMC o con un Acuerdo General sobre Comercio y Ambiente deberá esperar para hacerse realidad⁵⁵. Por otro lado, el sistema comercial internacional se encuentra complementado por un creciente número de acuerdos regionales, como la Asociación Europea para el Libre Comercio (EFTA). El Area Económica Europea (EEA) el Acuerdo de Libre Comercio (NAFTA), Comunidad Andina, el ALCA, algo que no sucede en el área del medio ambiente, pese a los destacables avances de integración ambiental, como los registrados en el seno de la Comunidad Europea. A mayor abundamiento, el sistema de comercio internacional se basa en un conjunto de principios tales como el de la cláusula de la nación más favorecida, el principio del tratamiento nacional, las reglas de transparencia, barreras técnicas, cláusulas de salvaguardia principios de los que descienden normas específicas para las relaciones comerciales de los Estados y cuyo cumplimiento obligatorio está garantizado por los órganos jurisdiccionales de la OMC.

El derecho internacional del medio ambiente, que debe mucho de su crecimiento a la utilización de la técnica de los tratados multilaterales, responde a un conjunto de principios normativos que contienen, antes que normas de efectos vinculatorios, principios esencialmente enunciativos. Este hecho, es aprovechado por quienes niegan la existencia y, *a fortiori*, la autonomía de esta disciplina, para sostener que en estricto rigor, el derecho internacional del medio ambiente no tiene la plenitud jurídica de otras disciplinas del derecho sino que a lo más se trataría de un plexo normativo de carácter programático sin carácter vinculante, una suerte de *soft law*⁵⁶.

⁵⁵ En efecto, pese a que de un tiempo a esta parte no son pocas las propuestas de institucionalización del marco jurídico de la protección ambiental, propuestas que van desde la creación de una Organización Internacional del Medio Ambiente, hasta la celebración de un Acuerdo General sobre Comercio y Ambiente, pasando por la conformación, en el seno de las Naciones Unidas, de un Consejo de Protección Ambiental revestido de facultades para hacer cumplir las decisiones y los acuerdos sobre protección ecológica de carácter global, tal institucionalización global no parece, por el momento, ni técnica ni políticamente factible. Al respecto: DUNOFF, Jeffrey L. «Resolving Trade-Environment Conflicts: The Case of Trading Institutions 27». *Cornell International Law Journal*. 1994, pp. 620-624.

⁵⁶ La locución anglosajona *soft law*, señala George Abi-Saab, fue originariamente utilizada por el jurista inglés Mc Nair para describir las normas jurídicas en su forma de proposiciones o principios abstractos, en oposición al *hard law* que era el derecho en concreto, el que es factible de ser aplicado en sede administrativa o judicial. Con el tiempo, esta acepción primigenia cambió, siendo que actualmente designa aquellas normas internacionales cuya juridicidad es puesta en cuestión, por carecer de fuerza vinculatoria que le dé eficacia y por tratarse de un derecho que no es posible de hacerlo cumplir jurisdiccionalmente. Dicho de otra manera, estaríamos ante instrumentos jurídicos cuyo incumplimiento no acarrearía responsabilidad internacional. Se habla, entonces, de documentos no-normativos, excluidos de las categorías que reconoce el artículo 38º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta crítica carece de fundamento, por cuanto la teoría moderna del derecho, y en particular la del derecho internacional, reconocen que la calidad jurídica de una norma, no está condicionada a su

De otra parte, mientras que las reglas que gobiernan el sistema de la Organización Mundial del Comercio no exigen la armonización de los derechos internos de los Estados, una tendencia inversa ocurre en el ámbito del medio ambiente, donde la armonización deviene fundamental dado el carácter integrativo y unitario de la protección ambiental. Por último, como ya ha sido comentado, el sistema comercial de la Organización Mundial del Comercio tiene un mecanismo judicializado de solución de controversias, algo que no acontece en el marco de la protección del medio ambiente, salvo los casos de regímenes especiales como el que reconoce la Convención del Mar en los artículos 186^o y siguientes, no quedando otro recurso que acudir al fuero común de la jurisdicción internacional de la Corte Internacional de Justicia⁵⁷.

aplicación material y efectiva, de la misma forma como ocurre con ciertos derechos internos de los Estados, por ejemplo, con el derecho constitucional. Lo que sí parece quedar claro es que esta forma de normatividad sirve ventajosamente para el mejoramiento, la adaptación y la legitimación de «naciones emergentes» en el orden jurídico internacional a más de constituir un instrumento apropiado para alcanzar objetivos de cooperación internacional. En lo que toca al derecho internacional ambiental, digamos que esta disciplina ha sacado buen partido de este instituto jurídico; así, las competencias normativas a cargo de las instituciones internacionales con competencia en asuntos ambientales han permitido el desarrollo de un «*soft law making process*» luego de concluida la Conferencia de Estocolmo de 1972; en tal virtud, se puede contar un significativo número de normas jurídicas de *soft law* que constituyen los principios jurídicos y el referente normativo del cual deciden normas vinculatorias específicas, como sucede con importantes instrumentos como la Resolución ONU 37/27 del 24 de marzo de 1983 sobre Cooperación Internacional en el Area del Medio Ambiente o el caso, tantas veces citado, del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo del que se han derivado importantes tratados de protección ambiental. De otro lado, no menos importante resulta, para estos propósitos, la acción de las ONGs en su labor de política jurídica. El caso de la International Law Association y la adopción de las reglas para la Utilización de Aguas Internacionales no Marinas de 1961 o sobre la Polución Transfronteriza de 1979, constituyen evidencias del trabajo legislativo de estas asociaciones privadas. Sobre el fenómeno del soft-law y su relevancia ambiental: SCHACHTER, Oscar. «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements 71». *American Journal of International Law*. 1977, pp. 296-304. GRUCHALLA-WESERSKI, Tomas. «A Framework of Soft Law 30». *Mc Gill Law Journal*. 1984, pp. 37-88. CHINKIN, C.M. «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, 38». *International and Comparative Law Quarterly*. 1989, pp. 850-866. ABI-SAAB, George. *Eloge du Droit Assourdi: Quelques reflexions sur le role de la soft law en droit international contemporain. Nouveaux Itinéraires en Droit, Hommage à Francois Rigaux, De l' Université Catholique de Louvain XXII*. Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 59-68. ABI-SAAB, George. «Cours général de droit international public, Academie de Droit International». *Recueil des Cours*. 1987, Tomo VII-207, pp. 205-213. DUPUY, Pierre-Marie. «Soft Law and The International Law of the Environment». *Michigan Journal of International Law*. Vol. 12, 1991, pp. 420-445. HANDL, REISMAN, SIMMA y CHINKIN. «A Hard Look at Soft Law, 82». *American Society of International Law Proceedings*. DUPUY, René Jean. *Droit Declaratoire et Droit Programmatore: De la Coutume Sauvage à la Soft Law Colloque de Toulouse L' Elaboration du Droit International Public*. Editions Pedone: París, 1974, pp. 132-48.

⁵⁷ Nos referimos a los casos de relevancia ambiental sometidos ante la CIJ en el pasado: El de los Ensayos Nucleares, entre Australia y Francia; El de los Ensayos Nucleares entre Nueva Zelanda y Francia; el de los Fosfatos de Nauru entre Nauru y Francia y el del Golfo de Maine. Esta orientación se ha consolidado, entendemos, con la constitución de un tribunal especial para los asuntos del medio

Pero quizás la nota que mejor distingue estas dos disciplinas radique en el contenido normativo, en la estructura jurídica que les corresponde. Así, el derecho del comercio internacional se exhibe, a estas alturas, como un derecho en proceso de consolidación a través de normas, instituciones y procedimientos; de este modo, el sistema jurídico que informa el comercio internacional ha sido diseñado sobre la base de tres pilares: un marco normativo convencional de vocación constitucional, una organización internacional como su referente institucional y un mecanismo jurisdiccional con competencia exclusiva para dirimir los contenciosos comerciales. El derecho internacional del medio ambiente, en cambio, continúa siendo un derecho fragmentario y señaladamente descentralizado. Esta forma de estructura atomizada, tan arraigada en el derecho internacional del medio ambiente, es vista por algunos como un inconveniente mayor, un obstáculo en los esfuerzos por resolver el problema de la falta de precisión en el contenido de las obligaciones de los Estados, ya que estas varían según éstos sean o no partes de los tratados. Por otro lado, el derecho internacional del medio ambiente tiene un marco obligacional, en el que tampoco aparecen claros los medios con los que se cuenta para determinar cuando el acto de un Estado resulta incompatible con la tutela ambiental. De esto se sigue, que el vínculo entre conducta específica del Estado con el daño producido se torna, no pocas veces, difícil de establecer. Este aspecto y otros concomitantes a su aplicación, son fundamentales para el éxito de las políticas ambientales.

El desarrollo de las reglas internacionales de protección ambiental no sigue conceptos teóricos preestablecidos sino, por el contrario, expresa el conjunto de respuestas tendientes a resolver aspectos puntuales de deterioro ambiental. Es por ello que se habla, creemos con justeza, de la fragmentación sistemática del derecho internacional del medio ambiente. Por contraste, el derecho internacional del Comercio ha estado inveteradamente precedido de un marco teórico, al menos desde el siglo XVIII, con el advenimiento estelar de las doctrinas liberales de Ricardo, Adan Smith o intervencionistas como Hamilton o List. En este orden de ideas, el régimen jurídico del actual comercio internacional encarna la racionalidad económica del paradigma del libre comercio a través de los beneficios de la ventaja comparativa y del desarrollo de las economías de escala.

Se señala también, que el derecho internacional ambiental regula una forma de cooperación dual, esto es, una de carácter necesaria y otra de tipo convencional. De la primera, interesa destacar que algunos objetivos ambientales no pueden ser cumpli-

ambiente en el seno de la CIJ. Sobre los aspectos de carácter ambiental en la Corte Internacional, véanse las interesantes acotaciones hechas por Raymond Ranjeva respecto de la creación de un órgano jurisdiccional Ad Hoc para los diferendos de materia ambiental en: RANJEVA, Raymond. «L' Environnement, la Cour Internationale de Justice et sa Chambre Spéciale pour les Questions de L' Environnement, 49». *Annuaire Francais de droit International*. 1994, pp. 433-441.

dos de otro modo sino a través del concurso de la comunidad internacional. La segunda forma, involucra políticas de cooperación que no siendo intrínsecamente necesarias, resultan más apropiadas si se llevan a cabo con el concurso multilateral de los Estados. El derecho internacional del comercio también es tributario de la cooperación multilateral, no obstante, ésta se traduce como una de carácter convencional⁵⁸.

Estas sustantivas diferencias, no deben llevarnos a soslayar las no menos importantes semejanzas que identifican los regímenes jurídicos de comercio y ambiente; para empezar, ambas son ramas del derecho internacional público. Asimismo, como acontece en las disciplinas internacionales modernas comercio y ambiente deben mucho de su marco jurídico a los trabajos programatorios realizados en el seno de las organizaciones internacionales. Lo propio ocurre con los procesos de creación jurídica (law-making process) en donde la identidad formal entre comercio y ambiente también se hace notar. El caso del recurso a la técnica del soft law, que primitivamente sirvió para el diseño jurídico de importantes normas del derecho internacional económico y del que ha sacado buen provecho el derecho ambiental en estas últimas décadas es por demás ilustrativo. En lo que respecta al comercio mundial el cuadro nacido de los trabajos del GATT y sobre todo de su órgano de solución de diferencias. En lo que toca al medio ambiente baste mencionar el sistema normativo marco emanado de la Conferencia de Estocolmo de 1972; la Declaración adoptada de esa misma conferencia, la Declaración sobre el Medio Ambiente de 1992; La Carta Mundial de la Naturaleza y finalmente la declaración de Río de 1992. Por otro lado, una adecuada gestión ambiental internacional, pasa por fijar los alcances del desarrollo económico, con sujeción a las exigencias de preservación ecosistémica; en ese sentido, la fusión entre comercio y ambiente es condición *sine qua non* para el logro de resultados que impliquen plasmar las exigencias ambientales en el contexto del comercio internacional. Para tales efectos, las sanciones comerciales han jugado y aún juegan un papel central.

2.2. La Relación DIC - DIMA

Los aspectos históricos-formativos de estas dos disciplinas nos muestra el proceso de crecimiento de cada una de estas dos materias, los conflictos que origina su vinculación así como la posibilidad de lograr la armonización jurídica de los objetivos ambientales y comerciales. De esta forma, creemos que puede hablarse de tres etapas en las relaciones de estas dos ramas del derecho internacional: etapa de separación, etapa de conflicto y etapa de armonización. Veamos, seguidamente, cada una de ellas.

⁵⁸ Los defensores del libre comercio sostienen que eliminando las fricciones y conflictos que surgen de las restricciones comerciales, esto es, eliminando todo tipo de barrera al comercio, se desarrolla inevitablemente una forma de interdependencia económica que hace mucho más favorable y factible la cooperación política, incluida en ella la de orden ambiental. Al respecto: ABBOTT, Kenneth. *GATT as Public Institution*. Op. cit., pp. 32-39.

2.2.1. Etapa de Separación

Está marcada por el desarrollo autónomo de ambas disciplinas. El derecho internacional del comercio, en lo que toca a su fisonomía moderna, se forja en las conferencias de Bretton Woods y es parte integrante de una concepción global de las relaciones económicas internacionales. En ese sentido, el sistema jurídico del comercio mundial se vincula, directamente, con un modelo de desarrollo económico de carácter librecambista, integrativo de las economías nacionales y de una pretendida estabilidad monetaria⁵⁹. Por contraste, la constitución de las estructuras jurídicas de protección internacional ambiental, ha tenido un origen mucho más modesto, a través de un plexo de instrumentos convencionales de carácter fragmentario. Así, hasta 1972, se contaba tan solo con una treintena de tratados internacionales, relativos a sectores específicos, cuyo radio de aplicación se veía limitado por el carácter bilateral o regional de esos acuerdos (protección de recursos naturales, daños industriales, contaminación fluvial, seguridad lacustre, etc.). A pesar que esta situación varía notablemente en los últimos 10 años, periodo en el cual han visto la luz más de 900 tratados de protección ambiental, subsiste la tendencia compartimentalista, a más de los problemas de eficacia jurídica de las estipulaciones contenidas en esos tratados. A todo esto, se suman los altos costos de transacción que generan estos acuerdos internacionales⁶⁰.

El derecho internacional de comercio hunde sus raíces en las primeras comunidades humanas organizadas, en las que no sorprende hallar agrupaciones de comerciantes dedicados a la realización de actividades de intercambio de bienes y servicios: *ubi societas ibi commercium*. Pronto, aquella actividad mercantil de carácter local adquiere sus propios rasgos jurídicos con la conformación de un *jus mercatorum* que alcanza dimensión transnacional, arrastrando con ello la intervención de la autoridad pública, la presencia del Estado en el comercio. La cláusula de la nación más favorecida, que ya existía por entonces, constituía un eficaz instrumento para consagrar el principio de la no discriminación comercial. Durante el siglo XIX los primeros tratados de Comercio y Navegación y la aparición de un orden económico internacional perfilan la juridización del comercio. Los principios del comercio internacional se inspiran tanto en fundamentos estrictamente económicos como los del libre comercio (ventaja comparativa, competencia justa e intervención óptima) cuanto por principios jurídicos (soberanía de los Estados, normas de derecho internacional y normas nacionales). En la segunda mitad del siglo XIX, se vive un período de libre comercio en la que los Estados se abstienen de intervenir en el proceso económico. El siglo XX es la etapa

⁵⁹ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «International Economic Order». *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 8, pp. 336-344.

⁶⁰ FITZMAURICE, M.A. «International Environmental Law as a Special Field». *Netherlands Yearbook of International Law*. Vol. XXV, 1994, p. 41.

de soldadura entre la teoría económica internacional y el derecho internacional económico cuya columna vertebral lo constituyen, al origen, los principios del derecho internacional del comercio.

Hemos visto como el problema normativo de la protección ambiental es su acusada tendencia a la regulación sectorial, lo que en cierto modo se explicaría por el origen mismo del daño ambiental. Mas, según lo que venimos viendo, el deterioro ambiental tiene consecuencias que trasvasan las fronteras nacionales. Esto explica el interés de los gobiernos por encontrar medios políticos y normativos que permitan, primero, la mayor participación de los Estados en estos acuerdos y, segundo, la implementación de mecanismos jurídicos que hagan factible la puesta en marcha de instrumentos regulatorios efectivos. Esto último viene siendo asumido, con relativo éxito, recurriendo a la técnica de los «tratados marco», que permiten meter en plaza instrumentos multilaterales que contienen principios programáticos, a la manera de un esquema institucional-normativo, y sobre esta base, descender a la fijación de reglas de fondo valiéndose, para este propósito, de un proceso legislativo de carácter escalonado⁶¹. Otro aspecto a considerar en el desarrollo de ambas disciplinas es que por las características a las que se haya expuesta el derecho ambiental, es menester que al lado de los instrumentos propiamente normativos, se implementen técnicas jurídicas *ex post* de vigilancia o supervisión y que no son otra cosa que procedimientos jurídicos-administrativos a cargo de cuerpos especializados, para contrastar vía reportes, inspecciones u otro medio de seguimiento, el nivel de cumplimiento de las regulaciones ambientales. Esta tendencia del derecho internacional del medio ambiente de recurrir a instrumentos convencionales contrasta con el origen consuetudinario de algunos de sus principios devenidos en clásicos de esta disciplina, y que se traducen en la obligación de los Estados de no dañar ni poner en riesgo la integridad de otros Estados. Estos principios de origen no convencional, reconocidos por la jurisprudencia internacional, constituyen la base de valoración jurídica de los casos de responsabilidad internacional en materia ambiental aplicables a los Estados, como es el supuesto de la llamada «responsabilidad objetiva» por la que se reconoce responsabilidad a los Estados por los efectos de los daños transfronterizos, sin que necesariamente se haya producido un hecho ilícito.

La etapa de separación exhibe a estas dos disciplinas del derecho internacional, como dos sectores jurídicos claramente distinguibles, en el que cada cual busca su propia especificidad, sin mayor punto de conexión mas que la de estar entroncadas con los principios comunes del derecho internacional general.

⁶¹ Kiss, Alexandre. «Les Traités-Cadres: Une Technique Juridique Caractéristique du Droit International de l' Environnement». *Annuaire Francais de Droit International*. XXXIX, 1993, pp. 792-793.

2.2.2. Etapa de Conflicto

Tiene su origen a finales de la década de los 60' y se extiende hasta nuestros días. En tal sentido, los conflictos jurídicos entre comercio y ambiente traducen la confrontación, inevitable para algunos, de dos distintas maneras de conjugar el progreso material de la humanidad, con las necesidades de preservación de su entorno natural. Esta realidad, ha sido considerada como la evidencia que entre ambientalistas y defensores del comercio libre existe, antes que un problema político, económico o jurídico, «un choque de culturas»⁶².

Para los defensores del libre comercio, están claros los efectos positivos de la liberalización de las economías nacionales, pues solamente con mercados abiertos será posible obtener los medios técnicos y financieros apropiados para enfrentar, exitosamente, el deterioro ambiental. Por el contrario, para los ambientalistas, la racionalidad del libre comercio es intrínsecamente contraria a la administración controlada de los recursos, al menos, en el marco de las reglas y procedimientos que gobiernan el actual sistema comercial mundial⁶³.

A ojos vista, las tensiones entre comercio y ambiente revelan un conflicto de prioridades: así, los ambientalistas consideran que los instrumentos de protección internacional del medio ambiente son algo más que instrumentos declarativos y que, para hacerlos realidad, necesitan del socorro de sanciones comerciales, que se han constituido en un importante mecanismo para la realización de dichos acuerdos. Existe, sin embargo, un problema de competencia, en tanto la OMC es la organización internacional que administra el comercio mundial y, en ese contexto, debería conocer de las medidas comerciales acordadas con fines de protección ambiental aún cuando provengan de acuerdos distintos a los del sistema GATT/OMC. Este aspecto constituye uno de los problemas más críticos que separa a comercialistas y ambientalistas. De ahí que los conflictos entre el derecho internacional del comercio y el derecho internacional del medio ambiente hayan forzado a una interpretación de los instrumentos jurídicos GATT/OMC para su posible conexión con las exigencias de orden ambiental. La realidad presente demuestra que las políticas comerciales y ambientales se han desarrollado en todo momento, de manera autónoma la una de la otra. Consecuentemente, no debe sorprender la existencia de contradicciones y vacíos que surgen al momento de integrar ambos esquemas jurídicos. Estos desencuentros han devenido en insostenibles atendiendo a la premura por conciliar las políticas que gobiernan co-

⁶² JACKSON, John H. «World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict». *Washington and Lee Law Review*. Vol. 49, Nº 4, 1992, pp.1228-1229. También *Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy*. *Trade & Environment: The Search of Balance*. Cameron & May, Vol. I, 1995, pp. 39-40.

⁶³ MORRIS, David. «Free Trade: The Great Destroyer, 20». *Ecologist*. Op. cit., pp. 191-192.

mercio y ambiente. Por otro lado, existen un conjunto de variables de orden institucional y normativo que traducen el carácter contencioso que puede llegar a tener la relación comercio-ambiente. Estos aspectos resultan de urgente clarificación en aras de una armonización de los regímenes presentes que sustentan ambos sistemas. Así tenemos, entre otros puntos de controversia:

- **Creación de una Institución Internacional del Medio Ambiente.** Que tal como fuera visto en las páginas precedentes significa una gran limitación para los ambientalistas en sus esfuerzos por centralizar sus políticas como ocurre en la órbita comercial. No es que no existan instituciones internacionales con competencia ambiental; lo que ocurre, es que la envergadura de los problemas ambientales obliga a una gestión institucional de carácter centralizada prioritariamente para los asuntos de dimensión global como el del cambio climático, capa de ozono, deforestación, etc. La experiencia vivida con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) como contraparte de la Organización Mundial del Comercio, que ha mostrado la incapacidad de la primera para actuar como un ente de interlocución con la OMC a propósito de los temas ambientales y menos aún para contrabalancear las políticas comerciales con las necesidades que imponen el manejo ambiental.
- **Adopción de un Acuerdo Ambiental a la manera GATT/OMC.** La posibilidad de un Acuerdo General sobre Comercio y Ambiente es para algunos, la solución práctica más idónea para resolver los desencuentros que hasta ahora bloquea cualquier solución de conjunto de esta problemática. Hay, no obstante, algunos inconvenientes de peso para que esta idea se haga realidad. El acuerdo que crea la OMC y sus instrumentos complementarios se hallan, por así decirlo, en proceso de implementación, y ya se advierten no pocos conflictos entre los intereses de los Estados miembros. Dentro de este panorama se hace muy difícil impulsar un acuerdo general sobre comercio y ambiente
- **Modificaciones en las estipulaciones GATT/OMC en la parte referente a los artículos (II - III) y (XX).** Existen algunas propuestas de consideración respecto de los alcances de estas estipulaciones. Este tema viene siendo objeto de contribuciones de los países miembros de la OMC en el Comité de Comercio y Medio Ambiente. En realidad, el aspecto que más debate ha suscitado, se refiere a los alcances del régimen de excepciones que contempla el artículo XX. Este tema viene siendo abordado en el seno del Comité de Comercio y Medio Ambiente pero hasta el momento no existe una posición de conjunto que exprese el consenso de los Estados.
- **Incompatibilidad entre los acuerdos GATT/OMC con tratados de protección ambiental que contienen medidas comerciales.** Este es un tema particularmente sensible pues algunos de los más importantes tratados de protección

internacional del ambiente, incluyen medidas comerciales restrictivas. Dichas medidas incluso tiene efectos para países que no son partes de esos tratados, lo cual crea fricciones por cuanto conforme establece el derecho internacional consuetudinario y el convencional (Convención de Viena de 1969) un tratado sólo tiene efecto entre las partes. El caso de la Convención de Basilea sobre Transporte de Sustancias Peligrosas es por demás representativo.

- **Participación de las Organizaciones no Gubernamentales.** Las organizaciones internacionales juegan un rol capital en la formulación de las políticas ambientales y en el proceso de construcción jurídica de la normatividad internacional conducente a su protección. Una situación contraria dimana de la órbita comercial donde las ONGs apenas tienen un rol referencial, de carácter periférico. En el espacio de decisión de las políticas comerciales sólo los Estados participan con exclusión de estas asociaciones privadas llamadas organizaciones no gubernamentales. Los conflictos de relevancia ambiental suscitados en el ámbito del GATT/OMC han puesto en particular relieve las sustantivas diferencias y el distinto papel que cumplen las ONGs sobre las políticas comerciales y ambientales, el carácter protagónico de aquellas en éstas últimas a diferencia de lo que acontece en el mundo comercial. Esto crea también un problema, a nivel de actores, en un contexto que apunta a la armonización de estas dos políticas.

Los conflictos entre comercio y ambiente también pueden estar referidos a un aspecto teleológico al que se deben ambas disciplinas. En ese sentido, el comercio, desde la época de Adam Smith, ha estado principalmente orientado a su depuración de las distorsiones al libre comercio por obra del intervencionismo estatal fuente de diferentes tipos de barreras comerciales.

El derecho internacional del Medio Ambiente, en cambio, se afirma sobre un extremo opuesto, a saber, la inevitable intervención del Estado como un medio de equilibrar las distorsiones que originan los agentes en el mercado bajo la forma de externalidades negativas reflejadas en los precios de los bienes.

Las tensiones entre comercio y ambiente encuentran, asimismo, un lugar, en argumentaciones de carácter moral⁶⁴. Así, por ejemplo, bajo la perspectiva institucional del GATT/OMC se podría invocar la reglamentación contenida en el artículo XX (a) del GATT que provee una excepción a las reglas del libre comercio por motivos de protección de la moral pública. Tal sería el caso de algunas disposiciones del Convenio CITIES que tienen un importante contenido moral o ético (por ejemplo, condiciones de tratamiento de animales salvajes) y que podrían dar lugar a medidas comerciales restrictivas.

⁶⁴ CHARNOVITZ, Steve. «The Moral Exception in Trade Policy 38». *Virginia Journal of International Law*. 1996, pp. 10 y ss.

Queda claro que las normas que gobiernan el comercio internacional y el medio ambiente tienen diferentes orígenes y contenidos. El comercio internacional que tiene entre sus premisas aquella de la no-discriminación. La regulación ambiental puede y de hecho está en no pocos aspectos reñida con este criterio. Los acuerdos multilaterales que incorporan estipulaciones restrictivas al comercio, representan una contravención a acuerdos específicos, como los de la OMC que tienen carácter vinculatorio para los Estados signatarios.

Si bien la etapa de conflicto presenta diferentes aspectos existe un denominador común: la falta de una interacción positiva entre ambas políticas. En ese sentido, no debe llamar a sorpresa que el régimen de solución de controversias del sistema GATT/OMC haya dado preeminencia a las normas estrictamente comerciales sobre aquellas de excepción (donde se incluye el tema del medio ambiente) cuando las excepciones no se ceñían a los alcances restrictivos establecidos en el artículo XX del Acuerdo Comercial de 1947, mejor conocido como el GATT.

2.2.3. Etapa de Armonización

Que la podemos llamar *de lege ferenda*, y que ha traído consigo una interesante literatura entre los sostenedores de una u otra posición, cada cual con argumentos sugestivos y animados en el propósito de proveer un marco común para el tratamiento integrativo de los temas comercio-ambiente. Entre estos singulares aportes destaca, *inter alia*, la posición institucional GATT/OMC (a), la del profesor alemán E. U. Petersmann, de la constitucionalización del sistema internacional (b), la tesis del profesor japonés Shinya Murase de la Integración Derecho Internacional Económico/Ambiente (c) y el novísimo aporte del profesor Howard Chang desde la metodología del análisis económico del derecho (d).

Respecto de la posición institucional GATT/OMC (a) hay que señalar que esta postura, encuentra sustento en las supuestas ventajas que pueden obtener las políticas ambientales a través de la apertura de los mercados nacionales. En efecto, según pregona esta institución, la expansión del comercio conlleva un mayor crecimiento económico, una mayor riqueza para las naciones, las cuales pueden contar con mayores recursos financieros y tecnológicos para contener el deterioro ambiental. De este modo, la oposición comercio-ambiente a juicio de esta organización internacional, parte de una premisa falaz ya que es precisamente por medio de la expansión comercial, que los Estados podrán disponer de los instrumentos correctivos en razón de su mayor disponibilidad de recursos. En ese sentido, el comercio constituye un componente amplificador, al atribuir un valor o un precio a los recursos ambientales, lo que permite tener una variable de medición del costo ambiental, logrando así que el componente del efecto ambiente se transmita como capital natural a las futuras generaciones⁶⁵.

⁶⁵ GATT. *L'Expansion du Commerce Peut Aider à Resoudre Les Problèmes Ecologiques* Doc 1529. 1992, p. 4.

No obstante, existen algunas condiciones que necesariamente deben cumplirse para que los objetivos ambientales se arreglen con un comercio internacional abierto. Así, por ejemplo, es imprescindible que los Estados pongan en marcha instrumentos adecuados de protección ambiental para la defensa contra la contaminación y degradación ecológica de efectos locales y, paralelamente, se activen los mecanismos de cooperación multilateral con miras a detener el espiral destructivo del patrimonio común de la humanidad. De esto se sigue, que no tienen cabida las llamadas medidas comerciales unilaterales de aplicación extraterritorial⁶⁶. En tal sentido, se debe prestar atención a los efectos de aquellas políticas ambientales que lejos de asegurar el desarrollo mutuo del comercio y ambiente, representan modelos proteccionistas. Con ello, se respetan principios de base del comercio internacional, como el que señala que las medidas restrictivas al comercio no deben ser de una naturaleza tal que encubra alguna forma de discriminación a las reglas del libre intercambio.

La crítica que podemos hacer a esta posición es que más allá de lo plausible de este modelo, que ve en el crecimiento del comercio, y la preservación del ambiente como hechos concomitantes, la práctica está demostrando, que el actual marco jurídico del comercio no coadyuva a esa integración, a juzgar por los resultados de los contenciosos comercio-ambiente, promovidos ante los órganos de solución de controversia del GATT/OMC.

En lo que ocupa a la posición del profesor alemán Petersmann, de la constitucionalización del sistema internacional (b) nos encontramos ante una propuesta que se inscribe dentro de un planteamiento omnicompreensivo de las relaciones internacionales y que tiene su fuente generatriz en lo que los internacionalistas han denominado *the international rule of law*, esto es, la existencia de un Estado de Derecho Internacional. En tal sentido, y desde una perspectiva constitucional, el jurista alemán E.U. Petersmann propone la llamada «constitucionalización de la relación comercio y ambiente», en un intento por sujetar los elementos constitutivos y constituyentes del sistema internacional comercial-ambiental a un patrón jurídico común.

Esta etapa de armonización se desarrolla esencialmente en dos planos: desde un punto de vista económico, se busca utilizar positivamente, instrumentos económicos de estímulo y de corrección a las externalidades ocasionadas por los daños que ciertas actividades económicas de extracción o transformación. Desde un punto de vista jurídico «el cada vez más creciente recurso a medidas comerciales con propósitos ambientales sugiere que el número de disputas internacionales por este respecto continuarán incrementándose tanto en la OMC como en los sistemas regionales en los próximos años. Para la solución de tales disputas es importante tener en mente que el comercio libre y la protección del medio ambiente sirven, esencialmente, a los mismos fines y están confrontadas con problemas similares de regulación»⁶⁷.

⁶⁶ Op. cit p. 14

⁶⁷ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International and European Trade Law after The Uruguay Round*. Kluwer Law International, 1995, p. 5.

A fin de promover un uso más eficiente de los recursos, el derecho del comercio internacional y el derecho internacional del medio ambiente deben mutuamente dirigirse a la reducción de distorsiones del mercado como las ocasionadas por externalidades negativas (contaminación) y las divergencias entre costos privados o sociales. De otra parte, la unidad funcional entre comercio internacional y medio ambiente dimana del hecho de que ambos campos son desarrollados por los mismos actores, sirven y descansan en un marco legal común, a más de estar confrontados con los mismos problemas de regulación, sucede en el caso de las políticas proteccionistas que pueden emerger de una protección medioambiental no arreglada a los principios que sustentan el actual proceso de globalización de la economía.

Las ideas del Prof. Petersmann están contenidas en las llamadas «regulaciones y funciones comunes del comercio y medio Ambiente»: La idea que preside esta proposición, no es otra que constatar que los aspectos jurídicos y económicos del comercio internacional y del medio ambiente sirven, en substancia, a tres funciones de orden constitucional :

1. Reconciliar los conflictos entre intereses a corto término de los productores así como del Estado.
2. Crear organizaciones destinadas a corregir los desajustes del mercado, tales como externalidades en la producción y otros desórdenes económicos coyunturales que afecten la provisión y el comercio de bienes y servicios.
3. Establecer reglas de carácter constitucional de la más alta jerarquía a fin de corregir los desajustes del mercado, (*market failures*) tales como políticas comerciales proteccionistas o degradación del medio ambiente⁶⁸.

Petersman parte de un dato fundamental que abona en favor de esta armonización: el hecho que desde un tiempo a esta parte, los acuerdos comerciales más importantes GATT/OMC, CEE, NAFTA, consideren un conjunto de acciones tendientes a hacer mutuamente sostenibles comercio y ambiente. Esto no es otra cosa que la consecuencia de una «unidad funcional del comercio y del ambiente en tanto ambas áreas del derecho se desarrollan con los mismos actores, sirve a funciones comunes, descansa sobre principios compartidos y confrontan iguales problemas de regulación»⁶⁹.

Los niveles de protección ambiental efectivamente difieren marcadamente entre países, esto como resultado natural de varios factores como la envergadura del patrimonio natural las actividades productivas, la disponibilidad de tecnologías, los niveles de educación de la población, el ingreso per capita así como la atención política brindada a los aspectos ambientales por parte de la administración.

⁶⁸ PETERSMANN. Op. cit., p. 16.

⁶⁹ Op. cit., p. 18.

Problema fundamental en el frente interno de los Estados lo constituye la llamada pérdida de competitividad de las industrias nacionales que tienen que internalizar en sus costos de producción el componente de protección medioambiental. Esto trae como consecuencia, que los países que incorporan estos estándares medioambientales demanden hacerlo extensivo a escala internacional a través de acuerdos multilaterales que impongan obligaciones universales de protección ecológica. La crítica que quizás podemos hacer de esta propuesta estaría dirigida a las dificultades de orden práctico para arribar a esa funcionalidad constitucional del comercio y el medio ambiente ya que aún no se han identificado, debidamente, los aspectos que contribuyen al antagonismo creado en torno a estas dos políticas. En otro extremo, la idea de base sobre la que descansa esta propuesta (*the international rule of law*) tampoco parece gozar de aceptación general, más allá de su pretendida consagración académica. Hay, sin embargo, algunos lineamientos de importancia que tienen un especial valor metodológico y que pueden traducirse en instrumentos efectivos para una óptima gestión ambiental.

Una tercera propuesta de conciliación de las disciplinas jurídicas relativas al comercio y al medio ambiente nos viene del Decano del Centro de Estudios Internacionales de Rikkyo, en Japón, profesor Shinya Murase (c) y que fue presentada en un curso ofrecido hace algunos años en la Academia de Derecho Internacional de la Haya⁷⁰. Para este particular, la armonización se realiza a través de las técnicas desarrolladas en el derecho internacional económico las que sirven igualmente de herramientas apropiadas para el manejo jurídico de los problemas ambientales. Murase reprocha la excesiva compartimentalización del derecho internacional, un fenómeno que ha llevado, a su juicio, a una separación artificial del DIE y DIMA. Esta separación, sostiene el profesor japonés, no tiene asidero si nos atenemos a las siguientes comprobaciones: primero, las técnicas jurídicas de las que se vale el derecho internacional económico pueden servir para desarrollar una mejor protección ambiental, como de hecho ha sucedido en la elaboración de instrumentos jurídicos de protección ambiental al interior de las organizaciones internacionales; segundo, una significativa parte de los problemas ambientales transnacionales son tributarios de actividades económicas realizadas por los Estados: Murase, considera que el surgimiento del derecho internacional del medio ambiente, también representa una forma de reacción correctiva, vistas las imperfecciones que muestran la economía internacional y su derecho⁷¹. Entonces, ¿Cómo conciliar el derecho internacional del medio ambiente con las técnicas del derecho internacional económico? Como quiera que buena parte de los conflictos entre DIE y DIMA se verifican de manera sustantiva en el ámbito de la economía internacional, Murase propone un modelo jurídico de armonización, to-

⁷⁰ MURASE, Shinya. «Perspectives From International Economic Law on Transnational Environmental Issues». *Collected Courses of Hague Academy of International Law*. Tomo 253, 1995, pp. 294-431.

⁷¹ Op. cit., p. 316.

mando para ello, como indicador, el marco institucional del comercio mundial OMC y las normas que lo rigen, en especial las reglas contenidas en el GATT 47 cuyas estipulaciones forman parte del *corpus* normativo de la nueva Organización. En ese sentido, es posible crear un esquema de cooperación internacional ambiental en el seno mismo de la OMC que cuenta con un Comité de Medio Ambiente como una instancia deliberativa y de armonización de estos dos sectores. Esta vinculación, por lo demás, pasa inexorablemente por modificaciones en algunos aspectos troncales del Acuerdo, como sucede con toda la parte correspondiente al régimen de excepciones (art. XX) y por una interpretación más flexible de las normas comerciales por parte de los grupos especiales y del órgano de apelación de la OMC, cuando tienen por ante sí controversias en las que están en juego intereses ambientales.⁷² Pero lo que mejor abona en pro de esta armonización, ocurre en el ámbito de la creación jurídica de los instrumentos internacionales. Para Murase, existe una notable identidad entre los procesos creadores de normas jurídicas económicas y ambientales (*law making process*). Así, por ejemplo, tenemos el caso de las normas de *soft law* que tal como sucedió en la etapa formativa del derecho internacional económico cumple una función capital, esta vez, en la órbita de la normatividad jurídica de carácter ambiental. Un ejemplo elocuente de esta afirmación lo constituye el proceso de elaboración de la Convención Marco sobre la Convención sobre Cambio Climático que sale de la Conferencia de Río de 1992. Este tratado, enfrentó no sólo la explicable división entre países en desarrollo y desarrollados sino que también, en el seno de estos últimos, se formaron grupos con posiciones encontradas. Por citar algunos, tenemos los conflictos tocantes a la producción de energía, los que interesan a los modelos de consumo, así como los niveles de desarrollo tecnológico. Pues bien, según Murase, la técnica empleada para la elaboración y manejo ulterior de este instrumento es, en rigor, la misma que corresponde a modelos jurídicos internacionales de carácter económico como los del sistema GATT/OMC u OECD, algo que no podía ser de otro modo considerando el significativo componente económico que tienen muchos de los tratados multilaterales de protección ambiental. Por ejemplo, desde un punto de vista material, esta convención multilateral de protección del medio ambiente, representa acaso el primer instrumento de este tipo que hace expresa mención a la relación entre comercio y ambiente (artículo 3, numeral 5). Por otro lado, se observa que el manejo institucional, normativo y de procedimientos del comercio internacional no es intrínsecamente opuesto al de la regulación ambiental. En realidad, desde esta perspectiva, el comercio internacional no es sino una forma de cooperación internacional fragmentaria. Es menester, entonces, una labor de integración de la cooperación internacional con otras áreas del quehacer internacional. El caso específico del medio ambiente así lo demuestra.

⁷² Op. cit., pp. 400-405.

Cualquiera que sea la normatividad que se aplique a los problemas derivados de la intersección comercio-ambiente, se deberá tener presente la conveniencia del uso de instrumentos económicos como una forma suplementaria al manejo estrictamente regulatorio de la gestión ambiental. Estos instrumentos económicos, con propósitos ambientales, arrastran la intervención del Estado en la economía y tienen un impacto directo sobre las reglas del comercio internacional. Para Murase, esta integración debe ir más allá del marco que proveen los acuerdos multilaterales, los cuales a lo más expresan un estado de armonización de políticas más no de integración. El concepto de régimen internacional (international regime) visto como un sistema integrado de normas, instituciones y procedimientos concerniente a intereses comunes a los Estados: «este nuevo tipo de régimen internacional está formado sobre la base de tratados con instrumentos normativos no vinculatorios como un componente suplementario. Adicionalmente, a fin de alcanzar sus objetivos, el régimen es equipado con un apropiado marco institucional y mecanismos funcionales que permitan estandarizar la conducta de los Estados y así lograr el cumplimiento de sus obligaciones». Así, la idea de integrar en un sistema único los aspectos comerciales y ambientales parte de presupuestos cuya validez compartimos, en especial los que corresponden a la naturaleza económica de muchos de los grandes problemas ambientales y en las identidades del proceso de creación normativa que les corresponden.

Esta selección concluye, finalmente, con el repaso de las ideas más representativas del pensamiento del profesor Howard Chang quien aborda el conflicto comercio-ambiente desde el mirador del «análisis económico del derecho» (d). El núcleo de la reflexión de Chang se concentra en un análisis sobre la factibilidad del esquema de cooperación internacional tomando como punto de partida las normas del GATT especialmente el régimen de excepciones contenido en el artículo XX. Para Chang, hay que hacer una interpretación más liberal del artículo XX que no excluya limitaciones geográficas ni sanciones comerciales. Esta interpretación deberá realizarse, según Chang, bajo un criterio de «eficiencia económica» que tome en cuenta los aspectos de costo y beneficio de la relación; dicho de otra forma, interesa determinar qué es lo que los individuos están dispuestos a pagar para evitar un costo particular o para ganar un determinado beneficio. En esta circunstancia, los problemas ambientales representan «externalidades negativas». Estas externalidades, por lo general, van más allá de las fronteras nacionales lo cual convierte la asignatura ambiental como una de alcance internacional. Esas externalidades transfronterizas son más acusadas cuando el daño ambiental importa una afectación del patrimonio común (aire, mar, ciertas especies). Esto explica la existencia de las medidas comerciales como una manera de sancionar al Estado infractor; Chang observa que las restricciones comerciales que imponen algunos Estados y que vienen siendo materia de controversias en el seno del sistema GATT/OMC son tan solo una forma, entre otras tantas, que pueden imponerse a éstos. Así dichas restricciones pudieran establecerse bajo la forma de suspensión de ayuda, restricciones a las inversiones, restricciones en comercio de bienes, interven-

ción militar, etc. En ese sentido, y a diferencia de lo que acontece con las tres propuestas anteriores, Chang es un convencido que la vía para inducir a los Estados a conservar su medio natural no es otra que un buen sistema de sanciones (sticks) antes que uno de incentivos (carrots). Así, y en crítica directa a la posición oficial del GATT/OMC Chang señala: «que la dicotomía entre cooperación y medidas unilaterales es equívoca pues se tratan de dos aspectos que no son mutuamente excluyentes. De hecho, los países deben usar ambos recursos simultáneamente: las medidas comerciales unilaterales proveen un importante instrumento que debe marchar en conjunto con las negociaciones multilaterales»⁷³.

Por otra parte, Chang se declara enemigo de un régimen de incentivos para favorecer la cooperación internacional; antes bien, los incentivos no harían otra cosa que estimular a más países a contaminar y a los países contaminadores a serlo más. Así, también, en un régimen de incentivos se producirían dilaciones en las negociaciones multilaterales, ya que paradójicamente el incentivo produce un efecto de perversión sobre el compromiso de cooperar de los Estados. Desde un punto de vista de eficiencia económica, la solución de los problemas ambientales por la vía de los incentivos es «altamente costoso».

Contrariamente, el uso de sanciones si tiene un efecto persuasivo en aras de mejorar la atención del nivel de gestión ambiental de los Estados.

III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA GATT/OMC

3.1. Antecedentes

Los conflictos entre comercio y medio ambiente no fueron previstos ni las normas constitutivas del GATT ni en el marco jurídico gestado a través de la jurisprudencia de los órganos de solución de disputas, al menos hasta la década de los 80'. En ese sentido, todo el modelo del comercio mundial trazado para la postguerra, así como las conquistas comerciales de las subsecuentes Rondas se hicieron sin considerar la problemática ambiental. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, se ha dicho, fue elaborado en un momento en el que la protección del medio ambiente no gozaba de la prioridad que hoy le reconocen los Estados⁷⁴. En realidad, esta particularidad no ha sido exclusiva del GATT sino una característica de la época. En efecto, ni el tratado de Roma de 1957 sobre la Unión Europea ni el tratado Europeo del Libre Comercio de 1960, ni los acuerdos regionales como ALADI, ni el Subregional Andino

⁷³ CHANG, Howard F. «An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global environment, 83». *Georgetown Law Journal*. 1995, p. 2150.

⁷⁴ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «Trade Policy- Environmental Policy and the GATT: Why Trade Rules and Environmental Rules Should Be Mutually Consistent?». 46, *Aussenwirtschaft*, Juli 1991, p. 187.

hicieron, por entonces, referencia alguna al tema ambiental como si lo hacen, entre otros, el tratado de la CEE de 1986, el acuerdo NAFTA de 1990 y en menor grado, el sistema GATT/OMC de 1995. Ahora bien, hay quien contesta este parecer arguyendo que los gestores del marco jurídico-institucional del comercio mundial de la post-guerra sí conocían de las posibles disputas entre comercio y ambiente. Esta sugestiva tesis, ha sido expuesta por el profesor americano Steve Charnovitz, en un esclarecedor artículo escrito con ocasión de la conmemoración del sistema del GATT. Según relata Charnovitz, en la época en que se redactó la Carta constitutiva de la Organización Internacional del Comercio (ITO) el tema ambiental ya era parte de la agenda internacional. En efecto, en los años cuarenta se encontraban vigentes un apreciable número de instrumentos internacionales de protección ambiental, como las Convenciones de Regulación de Pesca del año 1946 y 47 o las Convenciones de Protección de Aves de 1949; asimismo, por aquel entonces, se llevó a cabo una conferencia de carácter ambiental, fruto de la cual fue la actual Unión Mundial para la Conservación. A estos hechos, habría que agregar un dato de orden legislativo, que menciona el mismo Charnovitz en otro de sus trabajos, y que pone en evidencia que en el propio texto del proyecto ITO se consideró (artículo 45^o) como excepciones al libre comercio, los acuerdos intergubernamentales de protección y conservación de recursos marinos, aves migratorias y animales salvajes. La existencia de una tal cláusula, abona en favor de quienes piensan que los redactores de la Carta de la Habana, por cierto, los mismos que redactaron el acuerdo del GATT, conocían claramente de los potenciales conflictos entre los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente con las reglas emanadas del sistema multilateral de comercio^{75 76}, y que si los primeros no fueron debidamente considerados, ello se explica fundamentalmente por razones de oportunidad.

3.2. Aspectos medulares del Sistema Comercial Internacional GATT/ OMC y su relevancia ambiental

A diferencia de lo que aconteció con el acuerdo GATT de 1947, el Preámbulo que preside el tratado de creación de la OMC estipula, de manera explícita, la necesidad de conciliar un comercio libre con la protección del medio ambiente a través de un desarrollo sostenible (primer párrafo del preámbulo del acuerdo de Marruecos por el que se establece la Organización Mundial del Comercio).

⁷⁵ CHARNOVITZ, Steve. «The World Trade Organization and The Environment 8». *Yearbook of International Environmental Law*. 1997, pp. 100-104.

⁷⁶ CHARNOVITZ, Steve. «Exploring the Environmental Exceptions in GATT. Article XX, 25». *Journal of World Trade*. 1991, pp. 43 y ss.

Los acuerdos GATT/OMC consisten en tres partes fundamentales: La Parte I (artículos I al III) contiene el principio de la cláusula de la nación más favorecida, las obligaciones por concesiones tarifarias y el principio de tratamiento nacional, medidas todas destinadas a sancionar cualquier forma de discriminación en el comercio de mercancías y servicios; la Parte II (artículos IV al XXIII) llamado también código de conducta, comprende el grueso de las normas sustantivas que regulan el comercio así como las excepciones al cumplimiento de esas reglas; finalmente, la Parte III (artículos XXIX al XXXVIII) establece los mecanismos de orden procesal tendientes a la efectiva implementación de las obligaciones contenidas en el acuerdo, por parte de los órganos de solución de controversias.

En lo que respecta a la Parte I, tenemos que en virtud de la «cláusula de la nación más favorecida» (art. I) los países miembros se obligan a otorgarse entre sí cualquier privilegio o ventaja a productos iguales: «la cláusula de la nación más favorecida es una estipulación en un tratado por la cual un Estado confiere a otro las ventajas que acordó o que acordará en favor de un tercer Estado»⁷⁷. De esto se colige, que un país miembro no podría discriminar entre productos o servicios sobre la base de su origen nacional. La cláusula de la nación más favorecida requiere a los Estados miembros igualdad de trato comercial para productos iguales. El factor ambiente ha alterado de modo radical este principio, en tanto productos considerados iguales (productos finales) no podrían ser considerados como tales de aplicárseles los rigores de orden ambiental que claramente distinguen los métodos y /o procesos utilizados en la producción (MPP) según sea su impacto sobre el medio ambiente. Bajo estas consideraciones, la variable ambiental conduce a un replanteamiento de los alcances de este principio, ya que un producto cuya elaboración genera contaminación u otro tipo de daño ambiental no podría merecer, bajo las exigencias ambientales, igual tratamiento de aquel que sí ha internalizado dicho costo. Este es un claro ejemplo, de los desencuentros que pueden producirse cuando los objetivos del comercio internacional, como sería el de remover las barreras al comercio, se encuentran en conflicto con objetivos internacionales de carácter ambiental, en los que esta distinción deviene necesaria con miras a conocer cuán sosteniblemente estos productos resultan elaborados o procesados.

El artículo II del Acuerdo contiene importantes estipulaciones respecto de la «lista de concesiones tarifarias» que cada Estado acuerda conforme a la lista que deben anexar cada país y en la que figura el tratamiento comercial correspondiente; estas concesiones constituyen verdaderas obligaciones de los países miembros, de obliga-

⁷⁷ Vignes, Daniel. *La Clause de la Nation la Plus Favorisé et sa Pratique Contemporaine. Recueil des Cours Academie de Droit International*. 1970, II, p. 213. También «The Most Favoured Clause International» *Encyclopedia of Public International Law*. 1987, Vol. 7, pp. 411-416 y GROSS SPIELL, Héctor. «La Cláusula de la Nación más Favorecida: Su sentido en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio». *Revista Española de Derecho Internacional*. XXI, 1968, pp. 37-53.

ciones de respetar los niveles de derechos o cargas acordados al comercio con las otras partes contratantes. Este deber de mantener las concesiones tarifarias podría estar en cuestión, en el supuesto que el nivel de derechos acordados se vea modificado, por la imposición de tasas, cargas u otros derechos que graven la importación de productos, debido a exigencias de orden ambiental. A no ser que la medida se inscriba dentro de las excepciones que contempla este artículo, estamos ante una medida que reviste un trato discriminatorio y que, por lo tanto, no estaría arreglada ni con la letra ni con el espíritu del Acuerdo⁷⁸.

La cláusula de la nación más favorecida, principio cardinal en el comercio, no garantiza, por sí misma, que el acceso al mercado sea concomitante con una igualdad en el trato comercial. Esto explica la inclusión en el sistema comercial del «principio de tratamiento nacional» (Art. III) que prohíbe a los países miembros, un tratamiento distinto de los bienes importados, respecto de sus correspondientes nacionales. Si vemos la aplicación de este principio en un contexto de protección ambiental, tenemos que el principio de tratamiento nacional obliga al país importador a no aplicar medidas ambientales más onerosas de aquellas que corresponden a sus similares nacionales. Este principio de tratamiento nacional se asienta sobre la base de «productos iguales» lo cual limita la capacidad de un país miembro para restringir el comercio de productos que por su elaboración tienen un impacto ambiental negativo. Así por ejemplo, en el ámbito del Protocolo de Montreal, los países están facultados para impedir la importación de productos que contengan determinadas sustancias tóxicas. La cuestión aquí gira en torno a lo que debemos entender por producto. Según las reglas GATT/OMC un producto o mercancía existe desde el momento que es objeto del intercambio comercial, es decir, como producto final, sin tener en cuenta los métodos y/o procesos de producción. Esto ha suscitado debates entre ambientalistas y defensores del libre comercio, algo que se busca mitigar con el nuevo acuerdo sobre la propiedad intelectual, que si distingue los productos en base a los procesos de producción de los cuales pueden ser objeto.

Otro asunto que debe contemplarse es cuando un país miembro que internaliza su costo ambiental impone restricciones arancelarias o pararancelarias en desmedro de los productos importados con miras a equilibrar la desventaja de competitividad que representa dicho costo. Este mismo criterio se hace extensivo para el caso de barreras tarifarias esto es a las tasas o cargas impositivas que se aplican a las importaciones.

Siendo uno de los objetivos fundacionales del sistema GATT/OMC la reducción progresiva de las tarifas vía negociaciones, esquemas y calendarios, el artículo II prohíbe imponer más derechos aduaneros que los ya establecidos lo que haría inviable la creación de nuevas tarifas con propósitos de protección ambiental.

⁷⁸ THOMAS, Christopher y Greg A. TEREPOSKY. «The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation. 27». *Journal of World Trade*. Nº 4, 1993, p. 25.

Otro problema puede surgir cuando un país miembro que internaliza su costo ambiental impone restricciones arancelarias o pararancelarias en desmedro de los productos importados con miras a equilibrar la desventaja de competitividad que representa dicho costo. Este mismo criterio se hace extensivo para el caso de «barreras tarifarias», esto es, a las tasas o cargas impositivas que se aplican a las importaciones. Siendo uno de los objetivos fundacionales del sistema GATT/OMC la reducción progresiva de las tarifas vía negociaciones, esquemas y calendarios; el artículo II prohíbe imponer más derechos aduaneros que los ya establecidos lo que haría inviable la creación de nuevas tarifas con propósitos de protección ambiental. En lo que ocupa a la Parte II otro principio constitutivo del GATT, la «prohibición de restricciones cuantitativas» por el que se prescribe que cualquier protección de la industria nacional debe ser establecida a través de tarifas y no recurriendo a restricciones cuantitativas o cualquier otra medida comercial no tarifaria, podría estar en conflicto con medidas de protección ambiental, salvo que se puedan justificar dentro del régimen de excepción que establece el artículo XX especialmente las mencionadas en los incisos (b) y (g). Sucede, sin embargo, que las excepciones que contempla el artículo IX tienen un radio de aplicación limitado al ámbito nacional y no pueden constituirse en medidas unilaterales extraterritoriales como ha venido ocurriendo en los últimos tiempos. Igualmente para los casos de antidumping del artículo VI en el supuesto de introducir en el mercado internacional productos a un valor menor que el que tiene en su respectivo mercado local. En realidad, para el supuesto que nos ocupa, es posible establecer la existencia de *dumping* en aquellos casos en que la falta de regulación ambiental en un país puede ser considerada como una distorsión en el precio final del bien. Sin embargo, parece más sensato ver estos hechos como verdaderos subsidios antes que prácticas de *dumping* pese a que esta figura puede producirse siempre y cuando haya diferencia entre el valor del bien en el mercado local con el que corresponde al valor de exportación.

Es también del caso mencionar lo establecido en el artículo XVI que trata de los *subsidios*. Tradicionalmente, el sistema comercial ha dividido los subsidios en los que se aplican solo a los productos de exportación y aquellos otorgados con prescindencia de su destino, esto es, otorgados a productos elaborados para el mercado local o para exportación. Son los primeros los que ocupan la atención del sistema comercial internacional. El impacto de un subsidio puede acarrear que el país receptor (importador) imponga derechos compensatorios. Sin embargo, como resultado de la Ronda Tokio de 1979, se propició un reconocimiento a la variable ambiental y a su incidencia en el comercio internacional. Es así como en el preámbulo del Código sobre estándares se reconoce «que ningún país debe estar impedido de tomar medidas necesarias para la protección del medio ambiente». Asimismo el artículo 2.2 de este código reconoce los llamados estándares ambientales. En cuanto a las llamadas «medidas de emergencia» (Salvaguardias) que contempla el artículo XIX y que permite una derogación a título temporal de las obligaciones comerciales multilaterales, por motivos de protección de la industria nacional de amenazas reales a consecuencia de las importaciones. En

consecuencia, el artículo XIX permite a las partes contratantes imponer restricciones comerciales de emergencia para proteger la industria local. Como se ha observado, este artículo podría también aplicarse como respuesta a una regulación medioambiental que afectara la industria nacional conforme a las consideraciones que contempla esta estipulación. Por último, dentro de esta segunda parte el artículo XX «Excepciones Generales» comprende las cláusulas relacionadas más directamente con el tópico ambiental en particular lo dispuesto en el artículo XX (b) que provee un régimen de excepción al libre comercio cuando las medidas restrictivas se dirigen a proteger la vida o la salud humana, animal y/o vegetal y el artículo XX (g) que también establece un régimen de excepción para los casos de recursos naturales «agotables». Sin embargo, y como paso previo a la aplicación de estas excepciones, el preámbulo que antecede este artículo prescribe que dos condiciones deben ser cumplidas para estos efectos: que la medida no sea aplicada en un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, y que se trate de una restricción encubierta al comercio internacional de tal tesitura que implique una forma arbitraria e injustificable de discriminación comercial. Estas dos excepciones, cuyo tenor es lo suficientemente lato como para incluir el uso de medidas comerciales restrictivas con propósitos de protección ambiental, han sido interpretadas por los grupos especiales (panels) *strictu sensu*, vale decir, con sujeción a las condiciones que contempla el preámbulo del artículo XX algo que no permite ir más allá del sentido literal de estas cláusulas, tal como se verá al ocuparnos de las controversias comerciales sobre el atún de 1982 y 1991.

A este marco normativo general hay que agregar otros acuerdos que constituyen regímenes especiales y que guardan estrecha relación con la supervisión de los estándares nacionales de protección del medio ambiente, aplicados a los productos de importación, reflejando con ello el interés cada vez mayor de las políticas comerciales por el tema ambiental. En ese contexto, tenemos el acuerdo sobre «barreras técnicas al comercio», adoptado en la Ronda Tokio en 1979 y en el que se establecen especificaciones técnicas básicas, estándares de empaquetado, etiquetado y/o requerimientos de mercado, los que pueden responder a criterios ambientales. El objetivo de las barreras técnicas al comercio es el de asegurar que dichas regulaciones o estándares no acaben convirtiéndose en un innecesario obstáculo al comercio (artículo II numeral 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio) sino en un medio de progresiva uniformización de los requerimientos técnicos a través de certificaciones de valor internacional⁷⁹.

Entre 1980 y 1990 existían, en virtud de este acuerdo, alrededor de 300 regulaciones emanadas de los países miembros y debidamente notificadas al GATT sin que de

⁷⁹ HOUSMAN, Robert y DURWOOD ZAELEKE. *Trade, Environment, and Sustainable Development: A Primer*. Op. cit., p. 546.

este hecho se hayan derivado controversias entre comercio y ambiente⁸⁰. Sin embargo, queda aún la idea, sostenida especialmente por los países en desarrollo que muchas de estas barreras constituyen formas disfrazadas de proteccionismo. La posibilidad de conflictos entre comercio y ambiente, a la luz de las estipulaciones generales también alcanzan a acuerdos específicos como el de las barreras técnicas al comercio el cual ha consagrado la presunción *juris tantum* que una regulación técnica no es necesariamente un obstáculo al comercio en la medida que ésta sea compatible con «estándares internacionales».

Otro de los acuerdos relevantes por su significación ambiental es el referido a «la aplicación de medidas sanitarias y fito sanitarias» que reconoce el derecho de cada gobierno de tomar medidas de protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar la flora. Art. 2 N 1. De especial interés para el tema que nos ocupa es lo estipulado en el numeral 2 del artículo antes glosado pues consagra el principio de la «evidencia científica» como el presupuesto de hecho para recurrir a cualquier medida comercial restrictiva.

Un análisis *a priori* de la normatividad que sustenta las políticas comerciales de los Estados nos muestra que el sistema GATT/OMC no estaría apropiadamente equipado para conciliar comercio y ambiente⁸¹. Esta apreciación se vería confirmada en los hechos, con los precedentes sentados en los contenciosos promovidos ante los órganos de solución de controversias GATT/OMC como lo veremos seguidamente.

Todas estas reflexiones son pertinentes no sólo desde una perspectiva teórica, sino también importa en la práctica de los Estados y en la solución de los conflictos que últimamente se han venido sucediendo ante los órganos de solución de controversias y que ponen frente a frente las políticas comerciales con las de protección del medio ambiente. Por ello, consideramos apropiado hacer un recuento de las controversias suscitadas durante los últimos años en el seno de los órganos jurisdiccionales del GATT y actualmente en la Organización Mundial del Comercio.

3.3. Los conflictos entre Comercio y Medio Ambiente en el Sistema GATT/ OMC

Para un examen de los conflictos producidos entre comercio y medio ambiente en el ámbito del sistema GATT/ OMC se pueden dividir tres etapas, a saber: conflictos suscitados desde la creación del GATT hasta 1980; conflictos surgidos entre 1980 hasta 1994, fecha de culminación de la Ronda Uruguay y de creación de la OMC. Por último, tenemos las controversias promovidas desde 1994 en adelante. A continua-

⁸⁰ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «International Trade Law and International Environmental Law: Prevention and Settlement of International Disputes in GATT». *Journal of World Trade*. Vol. 27 N° 1, 1993, p. 53

⁸¹ FOSTER, Mark Edward. «Trade and Environment: Making Room for Environmental Trade Measures Within GATT 7», *Southern California Law Review*. 1998, pp. 418 y ss.

ción, presentamos un resumen de las disputas comercio/ambiente en el seno del sistema GATT/OMC.

3.3.1. GATT 1947-1980

Durante los primeros 35 años de existencia del sistema comercial del GATT no surgieron conflictos que pusieran en cuestión el comercio internacional con políticas ambientales. Los casos ya citados, de la Fundición Trail entre los EEUU y el Canadá como el precedente emblemático de la responsabilidad de los Estados por contaminación transfronteriza y el del Lago Lanós entre España y Francia sobre los derechos que le asisten a los Estados ribereños sobre recursos naturales compartidos, se llevaron a cabo fuera de la órbita del GATT. De otro lado, las decisiones recaídas en estos contenciosos tocan, principalmente, aspectos de derecho internacional general, lo que si bien no resiente su utilidad para los conflictos de específica trascendencia comercial, no constituyen controversia que hayan cuestionado explícitamente la idoneidad del marco jurídico del comercio mundial, frente a las exigencias de protección del medio ambiente.

3.3.2. GATT 1980- 1995

Desde los años 80' los órganos de solución de controversias del GATT comenzaron a ser utilizados para resolver disputas internacionales relativas a la validez jurídica de medidas de restricción comercial adoptadas por los Estados por motivos de protección ambiental.

- **1982** Canadá promueve una acción contenciosa contra los EEUU ante el órgano de solución de controversia respecto de los embargos de atún, impuestos por los EEUU contra ese país. Estos embargos se dictaron con arreglo a la legislación interna de los EEUU (Section 205, Fishing Conservation and Management Act de 1979) y en respuesta a la retención hecha por el gobierno del Canadá, de embarcaciones americanas que se hallaban en jurisdicción canadiense. Los Estados Unidos justificaban dicha incursión extraterritorial por motivos de protección contra la sobrepesca de atún llevada a cabo por el Canadá, invocando para tal fin, las excepciones contenidas en el artículo XX (g) del Acuerdo GATT, que autoriza medidas comerciales restrictivas si existen razones de preservación de recursos expuestos a su extinción. El Panel que conoció de este caso, llega a la conclusión de que se trataba de una decisión unilateral reñida con las estipulaciones del acuerdo particularmente el artículo XI: I que prohíbe las restricciones cuantitativas al tiempo que dicha decisión unilateral violaba el principio del tratamiento nacional Artículo III del acuerdo.
- **1987** Se conformó, a petición la Comunidad Europea, Canadá y México otro panel respecto de las tasas impuestas por los EEUU al petróleo importado de esos países, con arreglo a la legislación ambiental americana. Los Estados Unidos en

virtud del Superfund Act de 1986 impuso esta tasa al petróleo importado, tasas que eran considerablemente más elevadas de las impuestas a los productores locales. Al igual que en el caso precedente, la decisión del panel encontró que esa medida restrictiva no era consistente con el artículo XI:I. Asimismo, esta decisión no se avenía con el principio de tratamiento nacional, artículo III 2 pues el mismo petróleo producido internamente estaba afectado con una tasa porcentualmente menor a su correspondiente importado. Otro hecho que debe señalarse es que el panel en su pronunciamiento descartó examinar el caso a la luz de otras disposiciones normativas que no sean aquellas establecidas en el Acuerdo del GATT. Tampoco se consideró pertinente la invocación americana de artículo XX de excepciones, pues no quedaban claros los propósitos de protección ambiental de esa medida.

- **1988** Se estableció otro panel derivado del cuestionamiento hecho a los procedimientos de procesamiento del salmón del Canadá. En este caso, los Estados Unidos recusaban las restricciones impuestas por el Canadá a las exportaciones americanas de salmón y arenque hechas conforme a la legislación conservacionista canadiense que imponían restricciones a la producción y al comercio de estas especies. Lo interesante de este caso es que Canadá sustentó tal medida en aplicación de una norma contenida en el acuerdo del GATT, el artículo XX (g) que permite a un Estado de manera excepcional establecer restricciones comerciales, tratándose de un «recurso natural agotable». Pese a esta argumentación, el panel encontró injustificada tal medida, arguyendo que las excepciones justificadas al amparo de dicha norma XX (g) no podían considerarse como primariamente referidas a la conservación del salmón y del arenque y porque había un sesgo discriminatorio en dicha medida limitada a compradores extranjeros mas no nacionales
- **1990** Un panel es conformado para que se pronuncie sobre las licencias de importación para cigarrillos, impuesta por Tailandia y que dio lugar una controversia promovida por los EEUU que alegaba que esta restricción comercial contravenía lo dispuesto en el artículo XI: I. El gobierno Tailandés justificó esta restricción alegando que lo hacía al amparo de las excepciones establecidas en el artículo XX (b) esto es, como una medida necesaria para proteger la vida humana y la salud. EL panel encontró inconsistente esta medida a la luz del artículo III y XI ya que constituía una violación al principio de tratamiento nacional en la medida que los cigarrillos no eran prohibidos para la producción doméstica. Así al permitir la venta de los cigarrillos nacionales, la invocación a la excepción contenida en la cláusula XX(b) perdía todo su sentido pues esta medida no resultaba «necesaria».
- **1991** Durante la recomposición del Comité en el año 1991 la relación entre comercio y medio ambiente llegó a su punto más crítico, adoptando un carácter confrontacional. En efecto, en el año 91 se produce una de las disputas comerciales más sonadas, y que puso en evidencia que los conflictos entre comercio y medio ambiente eran mucho más que tremendistas conjeturas de las organizacio-

nes ambientalistas. En efecto, ese año el gobierno mexicano promovió ante los órganos de solución de diferencias una disputa comercial contra los Estados Unidos alegando que las restricciones de importaciones impuestas por los americanos contravenían las reglas y principios establecidos en el marco del GATT, en particular los artículos III y XI del Acuerdo. Asimismo, México aducía que los embargos violaban el artículo XIII referido al principio de no discriminación de las restricciones cuantitativas. Por su parte, los EEUU alegaban que dichas restricciones se efectuaron en estricta aplicación del Acta de Protección de los Mamíferos Marinos (Marine Mammal Protection Act) de 1972 que era parte de la legislación nacional de ese país y además su validez se sustentaba en el artículo XX inciso b) y d) que consagra un régimen de excepciones al acuerdo. El órgano de solución de disputas resolvió que la medida comercial adoptada por los EEUU era inconsistente con las reglas del GATT pues dicha medida fue considerada una restricción cuantitativa no arreglada con lo dispuesto en el artículo XI del acuerdo⁸².

Las consecuencias que trajo esta controversia fueron de tal entidad que llevó a no pocas organizaciones pro-ambientalistas a cuestionar la idoneidad del sistema comercial multilateral para resolver contenciosos en los que aparecen frente a frente las reglas del libre comercio con las de protección ambiental. En realidad, el punto no era discutir la validez de los objetivos enarbolados por los EEUU en la protección y en la conservación de los delfines sino en que medida este país podía imponer unilateralmente embargos comerciales y si estas medidas podían estar comprendidas en el texto del artículo XX.

La controversia del atún de 1991 dejó muy en claro que el *status quo* de las normas del GATT, no permiten el uso de restricciones comerciales, al amparo de las excepciones generales que contempla el artículo XX, salvo que se produzca una modificación en su texto en el que explícitamente se incluya la variable ambiental como una comprendida en este régimen excepcional al libre comercio. Años después, se produce una nueva controversia sobre el atún, esta vez impulsada por la Comunidad Europea, compradora del atún mexicano y afectada por el embargo estadounidense. En esta oportunidad, el panel reevaluó algunos de los fundamentos que sustentaron el fallo de 1991, como aquel referido a los alcances del régimen de excepciones del artículo XX; sin embargo, no se justificó la medida americana ni como un acto unilateral ni como una medida necesaria.

⁸² MAYER, Don y David HOCH. «International Environmental Protection and the GATT: The Tuna Dolphin Controversy». *American Business Law Journal*. 1993. Hasta el año de 1992 quedó claro que los problemas medio-ambientales quedaron subordinados a los intereses consagrados en las normas regulatorias del comercio internacional. En este sentido, ANDERSON, Belina. «Unilateral Trade Measures and Environmental Protection». *Temple Law Review*, fall 1993, p. 752

- **1994** Los EEUU tienen que enfrentar una nueva disputa comercial promovida, esta vez, por la Comunidad Europea. Se trata de otro caso importante, y que toca al gravamen sobre las importaciones de automóviles entre la Unión Económica Europea, Canadá y México contra los Estados Unidos (The US. Taxes of Automobiles Case) en el que el panel del GATT encontró arregladas al acuerdo las disposiciones americanas de gravar la importación de automóviles. El caso de los automóviles representa una evolución en la interpretación del artículo III en la medida que si cabe diferenciar productos similares, por razones justificadas y siempre y cuando no sean discriminatorias. Es importante también tener en consideración, algunas definiciones que resultan por demás ilustrativas. Así por ejemplo, la noción de acción multilateral entendida como el uso de medidas adoptadas por dos o más países con el fin de asegurar objetivos de política común. La acción unilateral, en cambio, es cuando un solo Estado toma medidas de alcance extraterritorial que afecta a otro Estado.
- **OMC/ GATT 1995** Desde la creación de la OMC hasta el presente rescata-mos tres controversias promovidas ante los órganos jurisdiccionales, El caso de la Gasolina, el de los Camarones y el de las Tortugas de Mar.
- **1995** El primer litigio comercial ante los órganos jurisdiccionales de la OMC, se produce cuando Brasil y Venezuela promovieron una controversia contra los Estados Unidos a consecuencia de los requisitos impuestos por éste último, para la importación de gasolina, medida dictada con arreglo a su legislación interna (Environmental Protection Agency - Clean Air Act 1990) Brasil y Venezuela cuestionaban la decisión americana, arguyendo que mediante dicha regulación, se introducían exigencias más rigurosas para el petróleo importado que las establecidas para la producción local. En tal virtud, los demandantes sostenían que los EEUU habían violado el artículo I del GATT/OMC (cláusula de la nación más favorecida) y el principio contenido en el Artículo III (tratamiento nacional). Los EEUU por su parte, invocaban las excepciones contempladas en el artículo XX (b) (d) y (g) cuyas aplicaciones las entendían justificabas por razones de protección ambiental. La decisión recaída en esta controversia, deja nuevamente constancia que las normas de protección ambiental contrarias a las reglas GATT/OMC no pueden ser preferidas sobre éstas⁸³.
- **1996** En esta fecha El órgano de Apelación de la OMC tuvo oportunidad de conocer de una controversia que permitió reexaminar los criterios que sustentaron las decisiones de los casos del Atún de 1991 y 1994. Cuatro países miembros India, Tailandia, India, Malasia y Pakistán cuestionaron la decisión de los EEUU de prohibir la importación de langostinos aduciendo que los métodos empleados para su captura

⁸³ ROBERTS, Eric. «L'affaire relatives à l' esences américaines 101», *Revue de Droit International Public*. 1996, pp. 65-149.

atentaban contra la vida de ciertas especies, en especial de las tortugas marinas. A diferencia de lo acontecido en el caso del atún, la prohibición americana se justificó por tratarse de una especie en peligro de extinción. Como en los panels precedentes, el grupo especial encontró inconsistente la decisión americana a la luz de lo establecido los artículos IX (restricciones cuantitativas) y XX (Excepciones) ya que la medida no se dirigía al producto en sí sino al proceso de elaboración. En tal sentido, el embargo constituía una «discriminación injustificable».

- **1998** Una vez más se pone en cuestión, la validez jurídica de medidas comerciales unilaterales, esta vez, ante los órganos jurisdiccionales de la OMC. Se trata del cuestionamiento hecho por India, Malasia, Pakistán y Tailandia a los embargos de camarones impuestos por los Estados Unidos a los productos provenientes de esos países. Esta medida unilateral se sustentaba en la legislación interna americana de protección a las especies de tortugas que se encontraban siendo afectada por los métodos utilizados por los mencionados países, en la pesca de los camarones. Las tortugas son consideradas especies en peligro de extinción y figuran en la lista contenida en el anexo I de la Convención de Washington de 1973. Al igual como aconteció en los casos del atún, el grupo especial (panel), las medidas comerciales unilaterales fueron excluidas *per se* de los alcances referidos a las excepciones contempladas en el artículo XX. Dicha exclusión se sustentó en la norma contenida en la parte introductoria de dicha norma. Hay que mencionar que en este caso se produce un cambio sustantivo en la manera como los órganos de solución de diferencias venían resolviendo estas controversias. En efecto, hasta antes de la creación de la OMC las disputas comerciales se resolvían en el marco de una casi absoluta aplicación de normas de estricta relevancia comercial, principalmente a través del texto del acuerdo GATT y de los precedentes. Esta situación ha variado ya que actualmente la aplicación del derecho de la OMC incluye también otras normas de naturaleza no comercial pero aplicables a los casos de la especie. Por ejemplo, cláusulas correspondientes a otros tratados, las reglas de interpretación de tratados que reconoce la Convención de Viena, etc.

Los resultados de esta nueva controversia han sido vistos desfavorablemente por un quienes piensan que muestran con claridad la división entre comercio y ambiente⁸⁴.

3.4. El Comité de Comercio y Medio Ambiente

Desde la década de los 70' aparecen los primeros esfuerzos por vincular las políticas del comercio internacional con aquellas de protección del Medio Ambiente. Esta circuns-

⁸⁴ HOWSE, Robert. «The Turtle Panel: Another Environmental Disaster in Geneva. 32». *Journal of World Trade*. 1998, pp. 73-100.

tancia tuvo pronta repercusión en el GATT, la institución por aquel entonces competente para los asuntos del comercio mundial.

En efecto, con ocasión de la Conferencia de Estocolmo, un grupo de trabajo fue establecido en el seno del GATT en 1971, bajo la dirección de J. Tumlrir prestigioso economista integrante del staff del GATT. Este equipo remitió un documento institucional de relevancia ambiental, ciertamente auspicioso para la época, y que esencialmente trata sobre los efectos de la contaminación industrial (*The Industrial Pollution and International Trade*, Doc GATT L/3538 1971). Sin embargo, durante los 20 años siguientes a la Conferencia de Estocolmo el grupo jamás se reunió y sólo en 1991, a consecuencia del debate suscitado por el caso del atún entre México y los EEUU y ante la convocatoria para la cumbre de Río de 1992 se reactiva y se remozca la agenda de este órgano, incorporando nuevas asignaturas como han sido los casos referidos al comercio de servicios y a la propiedad intelectual. Esta esfuerzo institucional constituye el antecedente inmediato de lo que actualmente conocemos como el Comité de Comercio y Medio Ambiente. La conformación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente con una agenda preestablecida responde, por consiguiente, a dicha aspiración. Así, en 1992, el Grupo de Trabajo fue encargado de estudiar los tratados multilaterales de protección ambiental y su relación con el sistema comercial internacional, ecoetiquetado y reglas de transparencia. En 1995, fecha en que los acuerdos de Marruecos cobran vigencia, comienzan las tareas de dicho Comité conforme a los términos fijados en su agenda de trabajo⁸⁵.

Creemos no exagerar si decimos que el más importante de los puntos de la agenda del Comité es el correspondiente a la relación entre los tratados multilaterales de protección del medio ambiente y las normas que sistema comercial GATT/WTO. Esta conexión se hace imperiosa por dos fundamentales razones: primero, un eventual conflicto entre ambos podría bloquear, mutuamente, la aplicación de las normas contenidas en esos acuerdos. La segunda razón es más bien de carácter político: una efectiva integración entre comercio y ambiente podría grandemente contribuir a vertebrar una política normativa de carácter unitario, contribuyendo con ello a reducir la magnitud del impacto que tiene el comercio internacional frente al medio ambiente.

Respecto de los Tratados Multilaterales y el sistema GATT/OMC hay que señalar que cuando nos referimos a estos tratados multilaterales lo hacemos respecto de aquellos que contienen estipulaciones restrictivas al comercio internacional, es decir, aquellos que contienen una prohibición para importar o de una prohibición para exportar. En ese sentido, el Comité ha identificado más de una veintena de tratados multilaterales que contienen tales restricciones comerciales.

Los ejemplos devenidos en clásicos a este respecto, lo constituyen la Convención sobre el Comercio de Especies Salvajes, Fauna y Flora en Peligro de Extinción (CITIES),

⁸⁵ WOODY, Cristie. «The World Trade Organization's Committee on Trade and Environment 8». *The Georgetown International Environmental Law Review*. 1996, pp. 461 y ss.

el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que agotan la Capa de Ozono y la Convención de Basilea sobre Transporte Transfronterizo de Sustancias Peligrosas.

Pero el programa de trabajo del Comité incluye otros aspectos que merecen nuestra atención. Así, tenemos el relativo a la posibilidad de que los países miembros apliquen extraterritorialmente disposiciones internas de protección ambiental, relativas a la protección del patrimonio ecológico común (por ejemplo, para evitar la extinción de ciertas especies o el agotamiento de ciertos recursos). Asimismo, forma parte de la agenda el controvertido punto tocante a la aplicación de limitaciones a la importación de productos considerando los métodos y los procesos productivos. Otro ítem de importancia, trata de la implementación de estándares de protección ambiental y de aquellos instrumentos enderezados a internalizar el costo ambiental. Igualmente, el Comité se aboca a la elaboración de criterios técnicos que permitan contar con datos de relevancia ecológica respecto al embalaje y ecoetiquetado.

Una particular atención en los trabajos del Comité está dirigida a la transparencia de las regulaciones ambientales aplicadas por los Estados miembros. Para ello se busca establecer un adecuado y oportuno mecanismo de notificaciones. Asimismo se contemplan acciones de seguimiento y control respecto a requerimientos de empaque, ecoetiquetado, reciclado. Un novedoso mecanismo *ex ante* y *ex post* ha sido concebido creando la oportunidad a los países miembros de cooperar para una mejor formulación de la legislación y de su consiguiente implementación⁸⁶.

Otro tema en la Agenda del Comité está dedicado a los mecanismos de solución de controversias. Un primer punto está concentrado en la posibilidad que los miembros de los Grupos Especiales consulten a expertos ambientalistas en aquellas controversias que oponen intereses comerciales y ambientales. Bajo el nuevo esquema contencioso que ha puesto en marcha la OMC, los Grupos Especiales pueden solicitar información técnica si así lo estiman conveniente.

El balance de las controversias sometidas a los mecanismos jurisdiccionales del GATT ha sido bastante esclarecedor de la forma como los comercialistas ha entendido la problemática ambiental y también del porqué de la separación existente entre ambas políticas. Uno de los aspectos más complejos, previsto también en la agenda, se refiere al negativo impacto que los subsidios tienen para una eficiente política comercial y ambiental. Los subsidios constituyen barreras no arancelarias al comercio, aún si estos son establecidos con propósitos de protección ambiental, lo que distorsiona una eficiente asignación de recursos, impidiendo una correcta internalización del costo ambiental. La idea de consagrar, en la práctica de los Estados, el principio «quien contamina paga» no ha alcanzado todavía el consenso necesario para hacerse una realidad universal.

⁸⁶ CHARNOVITZ, Steve. «Critical Guide to the WTO's Report on Trade and Environment 14», *Arizona Journal of International and Comparative Law*. 1999, p. 343

Finalmente, dentro de esta apretada síntesis, no podía faltar el tema concerniente a la propiedad intelectual. Hay cuando menos cuatro aspectos que importan a este respecto; primero, la relación entre el acuerdo OMC sobre propiedad intelectual (TRIPS) y otros acuerdos de protección ambiental que contienen obligaciones distintas a las estipuladas en los TRIPS. El caso más representativo lo ofrece la Convención sobre Biodiversidad en su artículo 16.5 que autoriza a los Estados miembros a restringir derechos de propiedad intelectual con propósitos ambientales. Lo propio ocurre en el artículo 15 que faculta a otorgar acceso preferencial a los mercados respecto de productos genéticos, lo cual podría contravenir el principio de la cláusula de la nación más favorecida. Segundo, la patentabilidad de las formas de vida, a fin de estimular a los países que gozan de una gran biodiversidad, para que patentes las especies con propiedades de uso químico y farmacéutico, con miras a crear fuentes de ingresos al tiempo que se fomenta su protección. Esto puede causar problemas de armonización con las estipulaciones acordadas en el seno de los TRIPS. En tercer lugar, tenemos el polémico aspecto de la transferencia de tecnología de protección ambiental. Para muchos países en desarrollo, la existencia de dicha protección intelectual desembocaría en una cada vez mayor dificultad para el acceso a tecnología foránea. En ese sentido, los países desarrollados consideran que un mayor rigor hará transferencia de tecnología más atractiva en los países en desarrollo. Por último, figura el tema sobre la protección de las formas tradicionales de conocimiento de los pueblos indígenas⁸⁷. Durante los últimos años, ya desde el nuevo escenario institucional de la Organización Mundial del Comercio el Comité de Medio Ambiente no ha logrado convertirse en el referente de la ansiada integración comercio-ambiente. En ese sentido, los países mantienen no pocas diferencias respecto a cuáles deberían ser los primeros pasos hacia esa aproximación: modificación de algunas de las estipulaciones de los acuerdos multilaterales, creación de un mecanismo facilitador de dicha integración, convocatoria a una ronda específica sobre asuntos comerciales y ambientales, participación de las ONGs en el escenario comercial, en resolución, propuestas que no hacen sino traducir las diferentes opciones que animan los países miembros frente a la problemática ambiental. En lo que sí parece haber consenso es en la importancia del tema ambiental y en la necesidad de tratarlo en el seno de la OMC. El Comité de Comercio y Medio ambiente tiene, por lo tanto, una misión de extrema importancia en los esfuerzos de consolidación de una política comercial de rostro ambiental.

IV. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

La relación Comercio-Ambiente urge de acciones tendientes a su clarificación. Hasta no hace mucho, subsistía una visión tradicional del contenido del *corpus juris* del comercio internacional y de la forma como éste debía interpretarse, limitándolo a

⁸⁷ WOODY, Kristin. *Committee Trade and Environment*. Op. cit., pp. 477-478.

aspectos estrictamente comerciales, en torno a sus instituciones y principios, como los de la cláusula de la nación más favorecida, las ventajas comparativas, la reducción de tarifas, el dumping o los subsidios, sin tomar en cuenta otro tipo de consideraciones. Hoy en día, la problemática ambiental ha echado por tierra esta visión autárquica del comercio, haciéndolo significativamente vulnerable a las exigencias que impone el manejo del entorno ecológico, el mismo que viene demostrando cuán determinante puede ser para el éxito de un desarrollo sostenible basado en una libre competencia, que traslade el costo real de los productos y servicios en los precios relativos de los bienes. Desde esa perspectiva, los problemas que atañen al medio ambiente son de tal envergadura, que llegan incluso a cuestionar las formas pacíficas de vida y producción de las sociedades contemporáneas. El comercio internacional, a su turno, se halla en un proceso expansivo sin precedentes por obra de la globalización de la economía. La idea que anima la economía moderna no es otra que el crecimiento económico de las naciones a través de un comercio libre, lo que inevitablemente se traduce en una mayor explotación de las riquezas naturales y en una intensificación de los servicios colaterales como sucede, por ejemplo, en el caso del transporte internacional. Como correlato de esto, la vinculación entre ambiente y comercio deviene inevitable. Existen, no obstante, algunos fundamentales puntos de conflicto entre ambientalistas y defensores del comercio libre. Esta situación ha comenzado a ser abordada en el plano multilateral, lo que explica la cada vez mayor preocupación de los Estados por atajar el acelerado deterioro ambiental, sin que ello entrañe alterar los patrones que sustentan la actual economía internacional. La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano fue un primer paso en esta nueva dirección. Veinte años después, la Conferencia de Río estableció la inevitable conexión entre desarrollo económico y ambiente. La Agenda 21, acaso el más representativo de los instrumentos que vieron la luz en la Cumbre de la Tierra de 1992, recomienda a los gobiernos abocarse a las causas que subyacen en los conflictos entre comercio y ambiente, de una manera que evite el recurso injustificado de medidas comerciales restrictivas. En el contexto de la OMC, la conformación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente ha sido un paso alentador hacia un tratamiento integrativo de las políticas comerciales y ambientales. Subsisten, sin embargo, grandes limitaciones que impiden una pronta conciliación entre los intereses ecológicos con aquellos de orden comercial. Las decisiones recaídas en las controversias de la Gasolina en el año 95 y de las Tortugas Marinas de los años 96-98, son una clara demostración que comercio y medio ambiente siguen aún transitando por caminos diferentes. Vistos en perspectiva, los resultados de la Cumbre de la Tierra de 1992 y los que cierran el ciclo de la Ronda Uruguay no han trascendido en decisiones concretas que aparejen una verdadera armonización entre comercio y ambiente. La posibilidad de crear un ente centralizador de la política internacional ambiental, como contrapeso a la OMC, tropieza con obstáculos mayores lo que hace difícilmente viable su concreción, al menos en el corto y mediano plazo.

El auspicioso Preámbulo que preside el Acta Final de la Ronda Uruguay y los acuerdos de Marruecos no se han visto complementados con reglas específicas que revistan un verdadero esfuerzo por clarificar la compleja relación entre los instrumentos multilaterales de protección al medio ambiente y las reglas GATT/OMC. Esto es más evidente en el plano de la solución de conflictos al interior del sistema comercial, donde no se aprecian visos de integración, conforme se observa del recuento de casos de los últimos 20 años. Al mismo tiempo, el balance que arroja los más de cinco años de existencia del Comité no hace prever un mejoramiento sustancial en el tratamiento unitario de estos temas.

Siendo la propuesta de creación de una Organización Mundial del Medio Ambiente por ahora irrealizable, pensamos que es por el lado de la Organización Mundial del Comercio por donde cabría impulsar el marco institucional de negociación y de aplicación de los acuerdos de protección del medio ambiente que contienen medidas comerciales de carácter restrictivo. Bien es verdad que no se trata de una situación ideal, pero al menos parece la más realista a juzgar por el déficit de efectividad que caracteriza a muchos de estos acuerdos y al contexto particular del derecho internacional ambiental, caracterizado por la ausencia de mecanismos de aplicación efectiva y de un marco institucional centralizado a la manera de la OMC.

Todo hace suponer que por necesidades de orden ambiental los tratados multilaterales seguirán apelando a medidas comerciales lo que, por fuerza, arrastrará la intervención de la OMC, considerando su competencia *ratione materiae*. Pero el problema esencial reside en la resistencia que suscita en los predios ambientalistas y en un grueso sector de la opinión pública, la idea de manejar los asuntos ambientales bajo los cánones y mecanismos del libre comercio. Así las cosas, la realidad pareciera conducirnos a un dilema que implique privilegiar un aspecto sobre el otro.

Las exigencias ambientales ponen igualmente al descubierto el grave problema del subdesarrollo económico de los países pobres y la incidencia negativa que tiene este hecho en el ecosistema. En ese orden de ideas, los problemas ambientales aparecen como una variable que complica aún más a esas economías emergentes, al sujetarlas a estándares de protección ambiental de gravosa implementación, dado el alto costo que representa internalizar el efecto ambiente en los precios relativos de los bienes y servicios. Esta situación se torna aún más complicada, en un contexto económico globalizado, de libre competencia, y de irresistible vocación expansiva. Muchos de estos países, si no todos, han apostado a fardo cerrado por la liberalización de la economía, acaso como la única opción hacia el progreso económico, sin haber tomado en cuenta la variable ambiental, mientras el concierto de los países desarrollados empujan cada vez más hacia el reconocimiento de las distorsiones en los términos de intercambio que se producen al no integrar el componente ambiental como un rubro en la composición de los costos de producción. Se trata, en esencia, de un tema crucial que pone frente a frente aspectos de competitividad comercial con externalidades negativas (daño ambiental) en un contexto de crecimiento del proceso integrativo de la economía mundial con la globalización

de la protección ambiental. En lo que toca a esto último, el crecimiento de la población mundial y las necesidades de desarrollo económico ejercen una inocultable presión sobre el medio ambiente, constituyendo variables fundamentales a tener en cuenta para el logro de una óptima gestión ambiental

Pero los desafíos no están sólo en el campo comercial. La lucha por un equilibrio ecológico del mundo abre otros frentes y nuevos escenarios, incluso en la órbita de los países de economías desarrolladas. La Convención sobre el Cambio Climático es una muestra palmaria de esta observación, al sacar a la luz los intereses particulares de las grandes potencias. En cuanto a los países en desarrollo, hay una impostergable necesidad por traducir en mecanismos efectivos la noción de desarrollo sostenible a la manera como lo pregonan los textos internacionales. La Organización Mundial del Comercio tiene, en consecuencia, una misión de urgente atención respecto de las repercusiones ambientales que provoca el actual sistema comercial multilateral, por tratarse de la organización internacional que se ocupa de la administración de las políticas comerciales, función que, entendemos, debe ir más allá de una mera administración del *status quo* del comercio mundial de bienes y servicios. Quizás sea ese, a fin de cuentas, el gran reto que deberá enfrentar en los próximos años la Organización Mundial del Comercio.