

# **MEDIO AMBIENTE Y COMPETITIVIDAD EXPORTADORA: UN NUEVO DESAFIO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE\***

*Francisco Orrego Vicuña*

Hoy en día se ha hecho imprescindible vincular recíprocamente el libre comercio con medidas de protección ambiental respetuosas de la libertad económica. Una normativa ambiental adecuada puede transformarse en una nueva ventaja competitiva, de ahí que el objeto de este trabajo es determinar las políticas que en este sentido deben implementar las economías exportadoras en desarrollo. Si las medidas restrictivas unilaterales no son convenientes y tampoco es posible uniformar las normas ambientales, entonces, la tendencia debe ser la armonización de intereses que enfatice la negociación y donde el comercio internacional se entienda como un incentivo a la protección ambiental. De esta manera, lo que se ha llamado "competitividad sustentable" es el nuevo desafío que enfrenta el Derecho Internacional del Medio Ambiente.

## **1.- Interrelacionando el libre comercio y la protección ambiental.**

Los términos del debate que hoy caracteriza la relación entre medio ambiente y comercio internacional están ya bien definidos. En realidad, las tesis de fondo no son demasiado diferentes de las que se han planteado en el plano interno de algunos países respecto del papel de las reglamentaciones ambientales y las condiciones necesarias para el desarrollo de la iniciativa privada. Para todos los sectores que intervienen en este problema la protección del medio ambiente es un objetivo social necesario y deseable. La discrepancia radica en cómo ello debe lograrse, quién o en qué proporción debe pagar el costo de la inversión necesaria y cuáles deben ser los poderes de las instituciones públicas.

---

\*Presentación realizada en el "Coloquio Internacional sobre la protección del medio ambiente, el comercio internacional y la integración económica", Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 28 de julio de 1994.

En el ámbito internacional, los objetivos del libre comercio y de la movilidad internacional de capitales, así como aquéllos de la protección ambiental, han avanzado considerablemente en las últimas dos décadas, pero lo han hecho en forma independiente unos de otros. Hoy día se ha hecho evidente la necesidad de una vinculación recíproca: libre comercio e inversiones que toman en cuenta realidades ambientales y medidas de protección que son respetuosas de la libertad económica. La interrelación ha comenzado en forma vigorosa, según lo revelan las nuevas inquietudes del GATT,<sup>1</sup> las políticas del Banco Mundial<sup>2</sup> o ciertos enfoques de NAFTA,<sup>3</sup> pero subsisten muchas presiones o modalidades que buscan restringir el comercio, o el crecimiento económico, en búsqueda de la excelencia ambiental. Más serio aún es el hecho de que tras esta última se esconden, en ocasiones, medidas restrictivas de la competencia como también designios ideológicos.

El análisis que sigue tiene por objeto determinar qué políticas, de las muchas planteadas en el debate actual, parecen razonables en la perspectiva de las economías exportadoras en desarrollo. Sobre esta base, se puede entonces avanzar en la exploración de la compatibilidad entre medio ambiente y competitividad exportadora, con particular referencia a los problemas de la armonización de estándares ambientales y a las tendencias que plantean alternativas respecto de la autoridad tradicional del Estado para imponer normas o criterios. Como podrá apreciarse, hay modalidades de conciliación de intereses que son de especial relevancia.

## 2.- El mito de una competitividad ambientalmente destructiva.

Una primera observación que cabe realizar es que los estudios empíricos han demostrado que la competitividad internacional de un país no está determinantemente influida por el nivel de exigencia de las normas ambientales,<sup>4</sup> siendo más influyente la incidencia de otros factores, como el laboral o el tributario. En este sentido, el efecto tan temido de que

<sup>1</sup> Miguel J. Berthet, *El GATT y las perspectivas ambientales en el contexto de la liberación del comercio internacional*, Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, 1993.

<sup>2</sup> World Bank, *The World Bank and the Environment*, 1991.

<sup>3</sup> Peter L. Lallas, "NAFTA and evolving approaches to identify and address 'indirect' environmental impacts of international trade", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 5, 1992, pp. 519-564.

<sup>4</sup> Judith M. Dean, "Trade and the environment: a survey of the literature", en: Patrick Low (ed.), *World Bank Discussion Papers: International Trade and the Environment*, 1992, pp. 15, 27.

NAFTA diera lugar a un desplazamiento de industrias hacia México en búsqueda de reglamentaciones ambientales menos exigentes que aquellas de los Estados Unidos es muy improbable que se de, como tampoco se da entre los varios Estados de los Estados Unidos en función de sus diferentes exigencias ambientales.

Una razón que parece explicar esta situación es que el costo del cumplimiento de las reglamentaciones ambientales es relativamente bajo en proporción del costo total, estimándose en los Estados Unidos en un promedio inferior al 1% y que llega a un máximo del 3% en las industrias más reglamentadas.<sup>5</sup> Naturalmente que lo que es cierto para el caso de economías industrializadas no necesariamente lo es para las economías en desarrollo, pues los montos de capital involucrados en esos porcentajes son cuantiosos y, además, las economías de escala son muy diferentes.

La premisa de que algunos países pudieran atraer inversiones o generar exportaciones reduciendo a propósito sus exigencias ambientales es, por consiguiente, inexacta como regla general. No hay en este plano un riesgo de un "race to the bottom".<sup>6</sup> Por ello, algunas de las medidas de NAFTA para evitar este tipo de consecuencias son más bien el producto de una sobreacción teórica que de una probabilidad práctica. Más bien pudiera ocurrir el fenómeno inverso, ya visualizado por varios autores: el creciente prestigio de las empresas y países que promueven la preservación del medio ambiente puede conducir a medidas ambientales de mayor perfección y que ellas sean deseadas como una nueva ventaja competitiva en los mercados crecientemente sensibles a este tema.<sup>7</sup> Desde este otro punto de vista, una reglamentación ambiental bien concebida puede traducirse incluso en un beneficio económico para las empresas.

El problema de un desequilibrio reglamentario, por consiguiente, no se producirá tanto porque algunos países en desarrollo bajan sus exigencias ambientales sino porque algunas economías desarrolladas incrementen en exceso sus reglamentaciones. Este es un efecto ya temido en los Estados Unidos, en parte debido a reglamentaciones consideradas excesivas o mal formuladas y en parte debido a la severidad de las normas sobre responsabilidad civil por contaminación. En la medida que las reglamentaciones dejan de ser razonables pueden inhibir nuevas inver-

<sup>5</sup>Patrick Low, "Trade measures and environmental quality: the implications for Mexico's exports", en: *op. cit.*, nota 4 supra, pp. 105, 106-107.

<sup>6</sup>Richard B. Stewart, "Environmental Regulation and International competitiveness", *The Yale Law Journal*, Vol. 102, 1993, pp. 2.039-2.106, pp. 2.058-2.059.

<sup>7</sup>Para un análisis de este punto de vista, véase *ibid.*, pp. 2.079-2.080.

siones o innovaciones tecnológicas o, como también habría ocurrido, generar una ineficiencia en la escala de producción para evitar la aplicación de normas ambientales. En este caso se genera un problema de competitividad negativa que no es en modo alguno imputable a países exportadores en desarrollo. Precisamente por ello, la Ronda Uruguay del GATT elaboró el concepto de que los estándares de protección no deben ser más restrictivos de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Los países en desarrollo, lógicamente, se negarán a sumarse al mismo tipo de error de enfoque. Cualquier armonización debe, entonces, dirigirse hacia el punto de equilibrio razonable, ya sea elevando las exigencias ambientales o, en su caso, disminuyéndolas. Lo que no puede pretenderse es que se busque la armonización en torno a un punto de desequilibrio.

### 3.- Medidas unilaterales e incompatibilidad con el ordenamiento del comercio internacional.

Un primer aspecto práctico de este problema que interesa tener presente es el relativo a las exigencias ambientales aplicables a productos específicos. En una visión claramente exagerada, todo producto que no cumpla con las normas ambientales aplicables en el país importador puede ser excluido de ingresar a ese mercado, sobre la base de medidas unilaterales fundamentadas en que la situación es equivalente a un subsidio prohibido, un tipo de *dumping* ecológico u otra forma de restricción de la competencia. En sí, las medidas unilaterales de esta naturaleza son en general incompatibles con las normas que protegen el libre comercio, razón por la cual con frecuencia ellas han sido condenadas por los paneles y otras instancias del GATT.<sup>8</sup> Pero, además, también con frecuencia ellas conllevan intenciones proteccionistas. De esta manera, resulta que la ilegalidad y la restricción de la competencia recae en el país importador y no en el exportador.

El segundo aspecto de esta discusión ha procurado ir todavía más lejos, aplicando esas medidas unilaterales ya no sólo a los productos sino también a los procesos que conducen a ellos. Este aspecto toca más íntimamente a una cuestión de soberanía, pero, aún asumiendo que ella se ha relativizado en extremo en materias ambientales, subsiste el pro-

<sup>8</sup> John H. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 49, 1992, pp. 1.227-1.278.

blema de quién determina la aceptabilidad o inaceptabilidad de un proceso determinado. También en este punto la decisión del GATT en el caso del atún de México es ilustrativa de que toda medida unilateral no es bienvenida.<sup>9</sup>

El enfoque que ha seguido NAFTA en esta materia es interesante pues denota un esfuerzo por alcanzar una solución de equilibrio.<sup>10</sup> En primer lugar, se respeta la legislación y estándares ambientales que decida cada país y se aspira a alcanzar su compatibilidad, estableciendo como punto de referencia el de los estándares internacionales en vigor. Ello no impide que pueda llegar a excluirse un determinado producto, pero aún esta decisión está sujeta a mecanismos expeditos de solución de controversias, con lo cual los alcances de la medida unilateral se reducen considerablemente. Por otra parte, no se incluyen los procesos de producción como tales, excepto en la medida en que sean aplicables otras normas sobre inversión extranjera o estén regidos por convenciones del derecho internacional del medio ambiente.<sup>11</sup> El Acuerdo Complementario busca en lo fundamental asegurar la aplicación efectiva de las normas nacionales y no imponer normas externas, a la vez que proporciona un marco de consulta y negociación previo a las instancias de solución de controversias y aplicación eventual de sanciones.

#### **4.- El comercio internacional como incentivo de la armonización ambiental.**

Pretender una uniformidad generalizada de exigencias y normas ambientales, como algunos planteamientos lo hacen implícitamente, es por ahora una utopía. Diferencias económicas y de desarrollo, factores culturales y sociales diversos y distintas percepciones acerca del papel del medio ambiente, determinan realidades tan diferentes que ellas no son en general susceptibles de uniformidad normativa. No obstante lo anterior, desde antiguo el comercio internacional ha sido la gran herramienta de

---

<sup>9</sup>GATT, "Dispute Settlement Panel Report on United States restrictions on imports of tuna", *International Legal Materials*, Vol. 30, 1991, p. 1.594. Véase también el Informe del Segundo panel del GATT sobre la misma materia, junio de 1994, en *International Legal Materials*, vol. 33, 1994, p. 839.

<sup>10</sup>Christopher Thomas and Gregory A. Tereposky, "The NAFTA and the Side Agreement on Environmental Co-operation: addressing environmental concerns in a North American Free Trade Regime", *Journal of World Trade*, Vol. 27, 1993, pp. 5-34.

<sup>11</sup>Richard B. Stewart, "The NAFTA: trade, competition, environmental protection", *The International Lawyer*, Vol. 27, 1993, pp. 751-764, p. 761.

la armonización de normas que inciden en esta actividad, comenzando por el derecho marítimo, siguiendo con el derecho comercial y el derecho del mar y llegando hoy día al derecho internacional del medio ambiente.

Porque en la comunidad internacional no existe una autoridad centralizada no hay tampoco la posibilidad de imponer normas ambientales como ocurre en las estructuras estatales. Las propuestas destinadas a establecer una autoridad de esa naturaleza tampoco tienen hoy viabilidad. Asimismo, excluida o cuestionada la legitimidad de medidas unilaterales que afecten el comercio internacional, toda solución debe ser, directa o indirectamente, el producto de una concurrencia de voluntades e intereses. De ahí también que la característica central de las soluciones que comienzan a surgir sea la de excluir la imposición y privilegiar la negociación.

Un primer tipo de armonización de condiciones o exigencias ambientales se logra sobre la base de la labor de organizaciones multilaterales, como ocurre, por ejemplo, con las funciones del GATT en materia de estándares de productos químicos y su etiquetaje, o la armonización de requisitos fito-sanitarios para el comercio de productos agropecuarios.

Otro tipo de armonización emana de convenciones que buscan lograr un objetivo específicamente ambiental, muchas de las cuales prevén normas de importancia para el comercio internacional.<sup>12</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la protección de especies en peligro, de la protección de la capa de ozono o del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos. Algunas de estas convenciones se refieren específicamente a exigencias aplicables a los procesos de producción. Igualmente puede apreciarse que comienza a generalizarse la utilización internacional de mecanismos de evaluación de impacto ambiental de determinadas actividades, lo que igualmente tiene incidencia en los procesos de producción o en la manera de llevar a cabo las actividades propuestas.

Aun cuando la armonización se ha concentrado hasta ahora en aquellas materias o problemas que se caracterizan por un grado importante de externalidad y, además, conllevan cierta percepción de urgencia, como ocurre con la contaminación transfronteriza, la capa de ozono, la contaminación por vertimiento o la Antártida, este es un fenómeno que gradualmente irá creciendo. También aquí se da un punto importante de

---

<sup>12</sup> James Cameron and Jonathan Robinson, "The use of trade provisions in international environmental agreements and their compatibility with the GATT", *Yearbook of International Environmental Law*, 1991, pp. 3-30.

entrecruzamiento entre los acuerdos de comercio internacional y las normas ambientales de muchas de estas convenciones, que comienzan a buscar su armonización recíproca, como nuevamente lo demuestra el caso de NAFTA.

En algunas convenciones recientes, y en numerosas nuevas propuestas, se busca la utilización de incentivos económicos, con particular referencia a los fondos de ayuda, para facilitar la aceptación de tales instrumentos, o, lo que es lo mismo, para inducir a la armonización en los términos de estos instrumentos. La verdadera solución, sin embargo, no radica en este enfoque, sino en el propio incentivo que ofrece el comercio internacional. Puede sostenerse que la sola expectativa de beneficiarse de acuerdos comerciales con los principales mercados mundiales ha sido un factor importante de perfeccionamiento de exigencias ambientales, tanto generales como de aquellas relativas a productos determinados. En este sentido, el comercio internacional puede concebirse como un estímulo positivo a la preservación ambiental y no como el tipo de sanción restrictiva que ha predominado hasta ahora.

## 5.- Enfoques consensuales como alternativa de medidas impuestas.

El ordenamiento ambiental que se ha producido por la sola operación del comercio internacional es mucho más importante de lo que pudiera suponerse:

(i) *Cumplimiento voluntario de estándares ambientales*. Se aprecia una tendencia al diseño de estándares ambientales por parte de organizaciones o mecanismos técnicos, algunos de los cuales se refieren a procesos productivos, cuyo cumplimiento es voluntario y queda más bien entregado a los dictados del mercado. La *International Standards Organization* y el *European Community's Eco-Management and Audit System* (EMAS) son dos ejemplos relevantes en este plano. Importantes empresas mineras en Chile, por ejemplo, comienzan a considerar la aplicación de estos estándares en su planificación futura.

(ii) *Normas ambientales de origen empresarial*. Igualmente se observa una tendencia creciente a que las propias empresas o sectores empresariales diseñen los estándares ambientales aplicables a sus actividades. Empresas con importante posición en el mercado exigen a sus proveedores el cumplimiento de determinados estándares, induciendo así una armonización. En otros casos, como ha ocurrido con varios impor-

tantes proyectos de inversión extranjera en Chile, la empresa inversionista aplica estándares ambientales mucho más exigentes que aquellos impuestos por la legislación local o incluso que los que se aplican en su país de origen. Ello revela, nuevamente, que la menor exigencia de la legislación ambiental no necesariamente conduce a una actitud contraria a la preservación del medio.

(iii) *Estándares pactados entre exportador e importador.* Con gran frecuencia es la interacción entre el productor-exportador y el importador la que determina las condiciones de calidad y resguardo ambiental de los productos transados internacionalmente, pues sólo así se asegura su acceso expedito a los mercados consumidores. En un Seminario sobre Medio Ambiente y Economías Exportadoras, organizado en 1993 por el Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, quedó de manifiesto el conocimiento detallado que los exportadores de ese país tienen de los mercados internacionales en el sector horto-frutícola, forestal, pesquero, minero y otros, adaptándose con gran precisión a sus exigencias, no por imposición sino por la necesidad de mantener un acceso expedito y eficiente.<sup>13</sup> Por la misma razón, estos sectores empresariales pueden apreciar con exactitud cuando determinadas medidas persiguen fines proteccionistas o de naturaleza discriminatoria. Ya se ha expresado preocupación por las medidas relativas a "eco-labelling" o el alcance práctico de las normas sobre embalaje, entre otros casos.

(iv) *La contratación ambiental,*<sup>14</sup> como mecanismo de ordenamiento ambiental pactado entre la autoridad y la industria, ha demostrado ser mucho más efectivo que la norma impuesta por el Estado. La experiencia de Europa indica que los acuerdos negociados son más completos y coherentes que las medidas de origen burocrático. También en Chile la Ley General sobre Bases del Medio Ambiente de 1994 fue dictada sobre la base de la concurrencia de voluntades del sector público y privado. El modelo de la contratación ambiental deberá generalizarse en el ámbito internacional como una alternativa apropiada a las medidas unilaterales.

(v) *Incentivos del mercado.*<sup>15</sup> Diversos incentivos que descansan en la operación del mercado han comenzado también a ensayarse, aunque todavía de manera limitada. La transferencia de permisos de emisión, el

<sup>13</sup>Francisco Orrego Vicuña, Informe sobre el *Seminario relativo a Medio Ambiente y Economías Exportadoras, con particular referencia al caso de Chile y la negociación de un Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos*, Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, 1993.

<sup>14</sup>Stewart, *loc. cit.*, nota 6 supra, pp. 2.090-2.093.

<sup>15</sup>*Ibid.*, pp. 2.093-2.097.



pago de derechos por costos ambientales, sistemas de depósitos en garantía e información al consumidor, son algunos de los nuevos mecanismos. Si bien su aplicación internacional es todavía más bien programática, salvo casos muy puntuales, ofrece este enfoque un enorme potencial.

## 6.- Hacia el concepto de "competitividad sustentable".

Dos conclusiones importantes emanan de lo anteriormente expuesto. La primera es que las medidas unilaterales restrictivas del comercio internacional, aun cuando persigan un objetivo ambiental genuino, no constituyen una respuesta adecuada ni en lo ambiental ni en lo relativo al libre comercio. Este tipo de medida descansa en un enfoque negativo, que lleva a la confrontación y al litigio y, en definitiva, al incumplimiento. Además, con frecuencia esconde afanes proteccionistas.

La segunda conclusión es que hay numerosas alternativas ya en aplicación o en perspectiva, basadas en un enfoque positivo, todas las cuales descansan en la compatibilización de intereses. Estas medidas conciben el comercio internacional como un incentivo a la protección ambiental. Medio ambiente y competitividad exportadora se transforman entonces en elementos complementarios del desarrollo y del bienestar social. Es lo que Edith Brown Weiss ha llamado la "competitividad sustentable".<sup>16</sup> Este es el nuevo desafío que enfrenta el Derecho Internacional del Medio Ambiente.

---

<sup>16</sup>Edith Brown Weiss, "Environmentally sustainable competitiveness: a comment", *The Yale Law Journal*, Vol. 102, 1993, pp. 2.123-2.142. Véase también del mismo autor: "Environment and Trade as partners in sustainable development: a commentary", *The American Journal of International Law*, Vol. 86, 1992, pp. 728-735.