

inhumanos o degradantes, es necesario que se establezca que un Estado es responsable de ella. La vulnerabilidad de la víctima ayuda a establecer esta conexión aunque no la garantiza. Aún así, toda esta evolución jurisprudencial no hace más que erosionar la separación construida jurídicamente entre unos y otros derechos y potenciar, como resultado de su aplicación práctica, la interdependencia entre los derechos humanos entendidos como bienes públicos globales.

“Unilateralismo -¿institucional?- de la Unión Europea en la gestión de intereses globales: el comercio de cuotas de emisión aérea, un caso d’espèce en la reducción de emisiones contaminantes como mecanismo de protección del medio ambiente”

Eulalia W. Petit de Gabriel
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Sevilla

SUMARIO

Introducción

- I. Interés global y modelos de gestión del medio ambiente en el sector de emisiones contaminantes.**
 - a. El Protocolo de Kioto: un modelo multilateral asimétrico...*
 - b. ... con excepciones pro-institucionales: las emisiones del transporte aéreo y marítimo.*
- II. El modelo UE de gestión de emisiones contaminantes y su aplicación al sector aéreo.**
 - a. El desarrollo normativo en la UE para la gestión de emisiones contaminantes.*
 - b. El control de validez de la Directiva 2008/101 por el Tribunal de Justicia.*
- III. Contextualizando la medida de la UE.**
 - a. El proceso de negociación de un régimen multilateral en la OACI.*
 - b. Las reacciones de terceros a la adopción de la normativa de la UE.*

Epílogo. Intereses globales y modelos institucional, multilateral y unilateral de gestión: a modo de conclusión provisional.

Introducción

El laudo arbitral de 1941 en el caso de la Fundición de Trail debe ser citado entre los precedentes de la regulación de la contaminación atmosférica, fundando la protección en el principio de relaciones de buena vecindad y en las limitaciones inherentes a la soberanía del Estado, como lo expresara ya en 1928 el laudo arbitral en el caso Isla de Palmas. Por su parte, el Convenio de Ginebra de 1971 sobre contaminación transfronteriza a larga distancia inicia la senda de la regulación convencional, en ese caso restringida a los países nórdicos europeos.

Los esfuerzos multilaterales para limitar las emisiones contaminantes cristalizaron a nivel universal con el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985, desarrollado por el posterior Protocolo de Montreal, negociado en 1987 y en vigor desde el 1 de enero de 1989. El Protocolo regula y limita la emisión de gases de efecto invernadero (CFC) que contribuyen a la reducción de la capa de ozono del planeta. Con motivo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992 en Río de Janeiro se negoció de forma bastante ágil la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El Convenio no establece compromisos cuantificados. Por ello el 11 de diciembre de 1997 se adoptó el Protocolo de Kioto. Fue abierto a la firma conforme a su artículo 24 el 16 de marzo de 1998 y luego a la adhesión de cualquier Estado. Firmado por 84 Estados, no pudo entrar en vigor hasta el 16 de febrero de 2005 dado que el artículo 25 exigía que hubiera al menos 55 Estados mínimos que en su conjunto representaran el menos el 55% del total de emisiones de dióxido de carbono de las Partes del Anexo I (países industrializados o en proceso de transición a una economía de mercado) correspondientes a 1990.

El *contenido* de esta comunicación se centra en este último tratado, en el modelo elegido para lograr la protección del medio ambiente y, en particular, en el modelo peculiar aplicable al sector aéreo, su aplicación por la UE y las respuestas que ello ha provocado.

El *objetivo* de la misma, sin embargo, es ilustrar con un caso concreto el pensamiento del profesor CARRILLO SALCEDO al analizar la permanencia y cambios en la estructura y funciones del Derecho Internacional: la sociedad internacional es, al mismo tiempo, una sociedad de yuxtaposición de intereses estatales con intereses comunes y en, paralelo, una cierta institucionalización. Este último modelo, en particular, no desplaza a ningún otro, sino que convive con los demás en interacción constante¹.

I. Interés global y modelos de gestión del medio ambiente en el sector de emisiones contaminantes.

La protección del medio ambiente en relación con las emisiones contaminantes se ha consolidado a nivel internacional como un ámbito de *interés global* y acción multilateral.

a. *El Protocolo de Kioto: un modelo multilateral asimétrico...*

El Protocolo de Kioto no obliga a la totalidad de Estados, ni obliga por igual a todas sus Partes. En la definición del alcance de las obligaciones hay una interacción entre lo institucional, lo multilateral y lo unilateral, aunque predominando la dimensión y pretensión multilateral. Ello nos lleva definir el modelo como “*multilateral asimétrico*”.

En la actualidad el Protocolo de Kioto tiene 193 partes, de las cuales 192 Estados y la Unión Europea. El Protocolo de Kyoto, siguiendo la Convención Marco², obliga de manera dispar al conjunto de Estados

¹ Su pensamiento se destila a lo largo de toda su obra, pero puede verse condensado en el curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1996: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Droit international et souveraineté des États”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 257, 1996. Una expresión sintética de estas ideas, magistralmente expuestas, puede leerse también en *Permanencia y cambios en Derecho Internacional. Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2005, editado por la propia Real Academia.

² Dicha aproximación queda recogida en los artículos 3 a 6 de la Convención, que establecen respectivamente los Principios (art. 3), los Compromisos (art. 4), la

desarrollados y en vías de desarrollo a través de un sistema de “responsabilidad diferenciada”.

El conjunto de Estados desarrollados que deben asumir el peso principal en la protección queda recogido en el Anexo I del Convenio Marco³. El Protocolo distingue a su vez entre los Estados desarrollados y los Estados en transición a una economía de mercado, para los cuales se prevén medidas de flexibilidad, al menos en un primer período de aplicación del Protocolo.

Las emisiones procedentes de países del Anexo I que suman aquellos que han ratificado el Protocolo son el 63,7% del total de emisiones de los Estados del Anexo I. Estados Unidos firmó el Protocolo pero no lo ha ratificado⁴. Las emisiones de EEUU suponen el 36% de las emisiones en 1990 de los Estados incluidos en la lista del Anexo I. Canadá participó muy activamente en la negociación del Protocolo, lo firmó en 1997 y lo ratificó en 2002. Su objetivo de reducción era de un 6% respecto a la tasa de 1990. Sin embargo y dado que sus emisiones crecieron entre 1990 y 2008 hasta un 24,1%, Canadá anunció su retirada del Protocolo de Kioto el 12 de Diciembre de 2011, con efecto del 15 de Diciembre de 2012. En junio de 2012 aprobó una nueva ley federal por la que rechazaba el cumplimiento de los objetivos del Protocolo⁵.

En esta línea de asimetría, las obligaciones de los Estados parte desarrollados no tienen el mismo contenido y alcance y, además, han

variado con el paso del tiempo dado que el Protocolo establece una revisión de los compromisos en períodos plurianuales. La reducción inicial aceptada para el período 2008-2012 por los Estados desarrollados varía de un 8% (máximo asumido por los países de la UE) a un 5% mínimo que exige el Protocolo, aun aceptando situaciones excepcionales de incremento de emisiones como en el caso de Australia, Islandia o Nueva Zelanda o de congelación como en el caso de Nueva Zelanda, Rusia y Ucrania. El nivel de referencia para la reducción de emisiones es 1990. Tras la Conferencia de Doha, el panorama se ha modificado bastante para el período 2013-2020. De un lado, Australia ha determinado como año de referencia con respecto al cual las emisiones son cuantificadas el 2000 (en lugar del 1990, lo que implica un incremento y no una reducción de emisiones en comparación con los demás Estados que asumen reducciones). De otro lado, Nueva Zelanda, Japón y Rusia no han renovado sus compromisos de reducción de emisiones para este segundo período⁶. La UE ha asumido una reducción conjunta del 20% con respecto al nivel de 1990 que podría llegar al 30% “si otros países desarrollados hacen un esfuerzo similar y los países en vías de desarrollo contribuyen conforme a sus capacidades”.

La falta de ratificación por Estados Unidos de América, la retirada de Canadá y la no asunción de compromisos para el período 2013-2020 de Rusia, Nueva Zelanda y Japón suponen que la reducción de emisiones comprometida pro futuro sólo afectará a un 15% del total de emisiones de 1990 de los Estados del Anexo I, cuando entre en vigor.

Esta multilateralización asimétrica viene reforzada por el hecho de que el Protocolo deja amplia libertad al Estado parte desarrollado en la determinación de los medios necesarios, útiles y eficaces para cumplir con sus obligaciones, incluida la de reducción de emisiones⁷.

Investigación y observación sistemática (art. 5) y la Educación, formación y sensibilización (art. 6).

³ El articulado del Protocolo se refiere siempre a los Estados del Anexo I. El Protocolo recoge en su Anexo B la lista de Estados parte en el mismo. Por fidelidad al articulado, haremos siempre referencia al Anexo I.

⁴ El Gobierno de Bill Clinton firmó el Protocolo en 1997 pero no lo sometió a ratificación por el Senado, que había aprobado una resolución unánime posicionándose en contra de cualquier acuerdo que no estableciera obligaciones de reducción para los países en vías de desarrollo (que incluyen economías altamente contaminantes como la de China, India o Brasil)..

⁵ *Bill C-38 Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, en particular la “*Division 53, Part 4*”, disponible en http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/411/Government/C-38/C-38_4/C-38_4.PDF.

⁶ FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, de 28 de Febrero de 2013, Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto, octavo período de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2011, Segunda parte, Decisión 1/CMP.8, Enmienda al Protocolo de Kioto de conformidad con su artículo 3, párrafo 9 (Enmienda de Doha), <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cmp8/spa/13a01s.pdf>.

⁷ El artículo 2 del Protocolo refleja y recoge con claridad esta aproximación.

Otra manifestación de asimetría –en este caso de base voluntaria- es la posibilidad de multilateralizar los compromisos de los Estados mediante el cumplimiento conjunto, mediando acuerdo (art. 4). Esta fórmula no está prevista exclusivamente para los supuestos en los que los Estados sean miembros de una organización internacional de integración económica con competencias en la materia, sino para otros supuestos de acuerdos entre Estados. En la práctica, sin embargo, esta opción solamente ha sido aceptada por la Unión Europea y sus Estados Miembros, que decidieron el cumplimiento conjunto de sus compromisos de reducción⁸. El artículo 7.6 prevé que un régimen de responsabilidad solidaria entre cada Estado y la organización por la cuota nacional asumida por cada Estado miembro de la misma en caso de incumplimiento en el marco del modelo de cumplimiento conjunto.

En el marco de este modelo multilateral asimétrico y descentralizado, el Protocolo de Kioto define *una cierta institucionalización* al atribuir a la Conferencia de las Partes de la Convención Marco sobre Cambio Climático, reunida como Conferencia de Partes del Protocolo, ciertas funciones en relación con la aplicación y supervisión de las obligaciones de los Estados en virtud del Protocolo de Kioto (art. 17), aunque para que pudiera llegar a instituir procedimientos de control y sanción de incumplimientos se requeriría una enmienda del Protocolo.

Una de las competencias más relevantes de la Conferencia es la determinación de los porcentajes de reducción de emisiones para los períodos ulteriores al inicial (2008-2012) de aplicación del Protocolo que

⁸ Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo; DO L 358 de 16.12.2006, 2006/944/CE: Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo [notificada con el número C(2006) 6468] y DO L 327M de 5.12.2008, para Malta, modificadas y actualizadas por DO L 332 de 16.12.2010, Decisión 2010/778/UE de la Comisión de 15 de diciembre de 2010.

debe aprobarse como modificación del Anexo B y enmienda del Protocolo (art. 3, apartado 9 y procedimiento de enmienda en el art. 21, apartado 7). Con arreglo al Protocolo dicha modificación se puede realizar por consenso o, en su defecto, por el voto afirmativo de tres cuartas partes de los miembros presentes y votantes. En la práctica, sin embargo, el sistema ha funcionado de manera diferente para evitar la parálisis a causa de la no asunción de compromisos para el período 2013-2020 anunciada por algunos Estados. La Conferencia ha adoptado la propuesta de enmienda sin votación, pero ésta sólo entrará en vigor para aquellos Estados que comuniquen su aceptación siempre y cuando lo haga el 75% de las Partes en el Protocolo⁹. Con ello el sistema institucional ha perdido parte de su carácter en tanto en cuanto no ha servido de centro de facilitación de consenso o de condicionamiento del poder del Estado soberano, trasladando a la estructura relacional una decisión que debía haberse adoptado institucionalmente.

b. ... con excepciones pro-institucionales: las emisiones del transporte aéreo y marítimo.

Dos excepciones plantea, sin embargo, el Protocolo de Kioto a este modelo multilateral asimétrico. En el caso específico de “las emisiones de gases de efecto invernadero no controladas por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional”, el Protocolo modula las obligaciones unilaterales de las partes. El apartado segundo del artículo 2, establece que “Las Partes incluidas en el anexo I **procurarán limitar las emisiones” citadas “trabajando por conducto de la Organización de Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional, respectivamente” (la negrita es nuestra).**

⁹ Basta confrontar la redacción del artículo 21, párrafo 5 del Protocolo, con las instrucciones enviadas por el depositario del Protocolo y la enmienda a los Estados para promover su aceptación, disponibles en http://unfccc.int/kyoto_protocol/doha_amendment/items/7362.php.

El alcance de esta modulación es difícil de determinar jurídicamente y su análisis es parte del objetivo de esta comunicación. La redacción literal “procurarán limitar... por conducto” transforma aparentemente lo que era una obligación de resultado en una obligación de comportamiento y supedita el cumplimiento unilateral a un acuerdo multilateral a través de un cauce institucionalizado, preexistente y ajeno al sistema del Protocolo de Kioto, que en principio debe incluir no sólo la determinación de los compromisos de reducción cuantitativos sino los modelos de gestión asociados a las cuotas de emisión. Esta cuestión – obligación de comportamiento vs. obligación de resultado- es clave en un análisis jurídico de la controversia provocada por la adopción de la Directiva 2008/101 que analizamos *infra*¹⁰.

Además, el propio carácter móvil de la actividad –el transporte-introduce un elemento de indefinición con respecto al criterio de atribución de las emisiones a los Estados partes, sin que ello venga resuelto de modo alguno por el Protocolo, pudiéndose cuestionar si cada Estado es responsable por la reducción de las emisiones en su territorio –todos los espacios incluidos, terrestre, marítimo o aéreo- de cualesquiera vehículos con cualquier pabellón; si además es responsable de las emisiones de los buques y aeronaves que porten su bandera en espacios no sujetos a jurisdicción nacional o cómo afecta las eventuales negociaciones de un régimen jurídico por conducto de la OACI a la navegación militar, excluida del ámbito funcional de la organización.

¹⁰ No será objeto de este trabajo el sector marítimo aun cuando plantea una problemática similar, pero respecto del cual la UE no ha adoptado aún norma reguladora alguna. No obstante, como muestra del interés de la Comisión en el tema, solicitó del *Joint Research Center* un informe sobre la cuestión. Publicado en 2010, *Regulating Air Emissions from Ships - The State of the Art on Methodologies, Technologies and Policy Options*, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/jrc/downloads/jrc_reference_report_2010_11_ships_emissions.pdf. Entre enero y abril de 2012 se ha sustanciado un proceso de consulta pública sobre la eventual inclusión del sector marítimo en el mercado de cuotas de emisión de la UE. Un análisis legal de los posibles problemas que plantea puede verse en PÉREZ, Daniel, “The Inclusion of Shipping in the EU Emissions Trading Scheme: A Legal Analysis in the Light of Public International Law”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. III, No. 2, pp. 1-55, 2012.

En las conversaciones previas a la adopción del Protocolo de Kioto se barajaron diversas posibilidades con respecto al criterio de asignación de las emisiones de efecto invernadero en el transporte, como la posibilidad de que se dividiera el cómputo de emisiones entre el país de origen y el de destino, asignación en función del lugar de compra o venta de combustible o en función de la nacionalidad de la nave¹¹. No se llegó a ningún acuerdo sobre el criterio de atribución y, como consecuencia, se decidió que las emisiones procedentes de los sectores marítimo y aéreo no se computan en los inventarios de emisiones sobre los que se asumen los compromisos, ni para establecer el umbral inicial de cálculo de las emisiones ni para el logro de los compromisos de reducción.

II. El modelo UE de gestión de emisiones contaminantes y su aplicación al sector aéreo.

La UE es parte en el Protocolo de Montreal¹², la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹³ y en el Protocolo de Kioto¹⁴, habiendo aceptado el cumplimiento conjunto con los Estados

¹¹ OBERTHÜR, Sebastien, “Institutional interaction to address greenhouse gas emissions from international transport: ICAO, IMO and Kioto Protocol”, *Climate Policy*, 2003-3, pp. 191.-196; McCOLLUM, David; GOULD, Gregory & GREENE, David, “Greenhouse gas emissions from aviation and marine transportation: mitigation potential and policies”, *Pew Center on Global Climate Change: Solutions White Paper Series*, 2009, pp. 26-27.

¹² Diario Oficial L 297 de 31.10.1988, 88/540/CEE: Decisión del Consejo de 14 de octubre de 1988 relativa a la celebración del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. El Protocolo de Montreal se firmó el 16 de septiembre de 1987, y entró en vigor para la Comunidad Europea el 16 de marzo de 1989. Igualmente ha ratificado la última de las modificaciones del tratado, Diario Oficial n° L 072 de 14/03/2002, 2002/215/CE: Decisión del Consejo, de 4 de marzo de 2002, sobre la aprobación de la Cuarta Enmienda al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

¹³ ¹³ Diario Oficial L 033 de 07/02/1994, Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.

¹⁴ Diario Oficial L 130 de 15/05/2002, Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Miembros de sus obligaciones de reducción¹⁵. La UE no es sin embargo miembro de la OACI, dado que el Convenio de Chicago de 1944 tan sólo contempla la firma y ratificación o la adhesión de Estados¹⁶.

Las competencias de la UE para el control de las emisiones contaminantes se encuentran bajo el paraguas de los artículos 191 y 192 del TFUE (Título XIX de la Parte Tercera, Medio Ambiente), base jurídica utilizada por el Consejo para permitir la ratificación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y decidir el cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. Se trata de competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros en el sentido de los artículos 2 y 4 del TFUE. Por la naturaleza compartida de la competencia, no es necesario detenerse en el hecho de que la ratificación o adhesión a los Convenios se realiza de manera paralela por la UE y por los Estados Miembros. En concreto y por ceñirme a España, los tres textos han sido ratificados y publicados debidamente en BOE¹⁷.

Por otra parte y en el ámbito específico del sector aéreo, la política común de transportes (artículos 91 a 100 del TFUE) está en principio circunscrita al transporte por carretera, ferroviario y fluvial, pudiendo El Parlamento Europeo y el Consejo establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima

¹⁵ Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo; DO L 358 de 16.12.2006, 2006/944/CE: Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo [notificada con el número C(2006) 6468] y DO L 327M de 5.12.2008, para Malta, modificadas y actualizadas por DO L 332 de 16.12.2010, Decisión 2010/778/UE de la Comisión de 15 de diciembre de 2010.

¹⁶ Tanto en su redacción original de 1944 como en la actual, tras la reforma de 2006.

¹⁷ Para el Protocolo de Montreal, véase el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1989; para la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, véase el BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1994 y para el Protocolo de Kioto, véase el BOE núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

y aérea (art. 100-2 TFUE). En este ámbito, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la competencia actualmente ejercida por la UE en la materia de la navegación aérea civil internacional no es exclusiva¹⁸ ni cubre todos los ámbitos relativos a esta¹⁹, aunque la Unión ha legislado ya sobre ciertos aspectos de la misma²⁰.

a. *El desarrollo normativo en la UE para la gestión de emisiones contaminantes.*

La entonces Comunidad Europea, hoy Unión Europea, aprobó tras la ratificación del Protocolo de Kioto e incluso antes de que éste entrara en vigor la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad²¹, sobre la base competencial del artículo 175.1 del Tratado de la Comunidad Europea, en la actualidad, artículo 192 TFUE.

Este Reglamento crea un régimen jurídico de comercio de derechos de emisión, compatible con otros regímenes de comercio de base nacional, pero limitado a una serie de sectores productivos detallados en el Anexo I, que se ha ido ampliando con el tiempo. Una primera revisión en este sentido fue la realizada por la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²², con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, de la que nos ocuparemos supra a continuación. Una segunda revisión amplió a nuevos sectores económicos el ámbito del

¹⁸ Sentencia de 21 de Diciembre de 2011, en el asuntos C-366C/10, par. 69.

¹⁹ *Idem*, par. 71.

²⁰ *Idem*, par. 65.

²¹ DOUE L 275, de 25.10.2003.

²² DOUE L 8, de 13.1.2009. La Directiva fue adoptada en segunda lectura, con la sola abstención de Chipre. Tanto Chipre como Malta formularon declaraciones en el sentido de subrayar los posibles problemas que comportaría la aplicación de la Directiva y su dependencia del transporte aéreo a efectos de comunicación y por su importante sector turístico. Acta de la Sesión n.º 2899 del Consejo de la Unión Europea (Justicia y Asuntos de Interior), celebrada en Luxemburgo el 24 de octubre de 2008 (CS/2008/14786/ADD 1).

sistema de cuotas de emisión, con la adopción de la Directiva 2009/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero²³.

La base de aplicación del régimen previsto en la Directiva es la territorial, esto es, el Estado en el cual la instalación tenga su domicilio será el competente para conceder el correspondiente derecho de emisión (artículos 4 a 6). Para cada anualidad, cada Estado miembro elaborará un plan anual en el que prevea los derechos de emisión que asignará en el período (artículo 9). Entre 2005 y 2008 el 95% de los derechos de emisión se debían asignar gratuitamente, bajando el porcentaje de asignación gratuita al 90% para el período 2008-2013. Los derechos de emisión serán transferibles dentro de la Comunidad y fuera en aquellos Estados en los que estos sean reconocidos (conforme al artículo 25).

Como se ha dicho, la primera revisión de la Directiva de 2003, tuvo por objeto incluir en su régimen jurídico las actividades de aviación²⁴.

La Directiva 2008/101 utiliza como criterio de sujeción de los vuelos a su régimen jurídico el hecho de que el origen o destino del vuelo se encuentre en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro, existiendo un número de supuestos que quedan excluidos del régimen de la misma, como los vuelos de Estado, los vuelos de aeronaves

²³ DOUE L 140 de 5.6.2009.

²⁴ La Directiva fue precedida de varios años de trabajo. De un lado, la Comisión inició un procedimiento de consultas públicas en 2005, cuyos resultados pueden verse en el informe de la Dirección General de Medio Ambiente “*Reducing the Climate Change Impact of Aviation Report on the Public Consultation March-May 2005*”, disponible en: http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/report_publ_cons_en.pdf. A esta consulta siguieron una serie de informes internos y externos y de grupos de trabajo con representantes de los sectores afectados, a lo largo de los años 2005 y 2006, previos a la redacción de la Directiva. El plazo de transposición de la Directiva terminaba el 2 de febrero de 2010. En concreto y para España la transposición se cumplió -con algo de retraso- básicamente con la adopción de la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo (B.O.E 163 de 6 de julio de 2010, en vigor desde el día siguiente de su publicación).

militares, aduaneras o policiales, los vuelos relacionados con actividades de salvamento...²⁵. Por tanto, el ámbito de aplicación de la Directiva es, en principio, territorial sobre la base de que exista al menos un contacto de la aeronave con un aeródromo –espacio terrestre- de uno de los Estados miembros de la UE. Ello implica que los sobre vuelos del espacio aéreo de los Estados miembros de la UE -en tránsito- no quedan sujetos a la aplicación de la Directiva.

Una vez determinada la sujeción de un vuelo al régimen jurídico de la Directiva, el cómputo de emisiones se realiza de manera individualizada para cada vuelo y cada tipo de combustible utilizado. La fórmula de cálculo tiene en cuenta el consumo de combustible de la aeronave en el total del trayecto realizado (y que obviamente puede incluir espacios más allá de la jurisdicción de los Estados miembros, ya sea por sobrevuelo de alta mar o del espacio aéreo de terceros Estados) y un coeficiente multiplicador denominado factor de emisión en función del tipo de combustible conforme a las Directrices del Panel Intergubernamental sobre cambio Climático de 2006²⁶. La gestión del modelo reside –igual que para la Directiva 2003/87/CE en los Estados miembros²⁷.

²⁵ Y categorías más específicas como vuelos de entrenamiento, vuelos de reconocimiento que parten y aterrizan en el mismo aeropuerto, vuelos dedicados a la investigación científica, vuelos de aeronaves de masa máxima de despegue inferior a 5700 kg, vuelos de servicios públicos o aerolíneas con baja frecuencia de vuelos (inferior a 243 vuelos por cuatrimestre, en tres períodos seguidos).

²⁶ <http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/index.html>.

²⁷ Diversos Reglamentos han determinado la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87/CE y el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador: en concreto, puede examinarse al respecto, el último aprobado, Reglamento (UE) 109/2013 de la Comisión, de 29 de enero de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) 748/2009, sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especifica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador, habida cuenta de la ampliación del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea a los países AELC pertenecientes al EEE (DO L 40 de 9.2.2013).

En el preámbulo de la Directiva se ofrece como justificación a la aplicación del régimen sobre esta base la necesidad de “evitar distorsiones de la competencia y mejorar la efectividad medioambiental”. Y para evitar supuestos en los que un mismo vuelo pudiera verse sujeto a la aplicación de dos o más regímenes jurídicos de Estados distintos en materia de emisión de gases, en aquellos casos en que un tercer país adopte un régimen con medidas que tengan “como mínimo el mismo efecto medioambiental” que el de la Directiva, la Comisión deberá considerar las opciones disponibles. En concreto, el Preámbulo de la Directiva se muestra favorable a la conclusión de acuerdos bilaterales, sobre la base de los cuales “modificar los tipos de actividades aéreas incluidas en el régimen comunitario”. Considera la Directiva que una red de acuerdos bilaterales entre los Estados que adopten mecanismos similares puede ser la base o propiciar un “acuerdo global” en la materia²⁸.

b. El control de validez de la Directiva 2008/101 por el Tribunal de Justicia.

La validez de dicha directiva fue atacada mediante una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre la *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc. y United Airlines Inc.* (en adelante, ATA y otras) y el *Secretary of State for Energy and Climate Change* en relación con la validez de las medidas de transposición de la Directiva 2008/101 adoptadas por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hizo pública el 21 de diciembre de 2011, confirmando la validez de la Directiva cuestionada a la luz de las normas internacionales consuetudinarias y convencionales que obligan a la UE y/o a los Estados miembros en la materia, incluyendo el Convenio de Chicago, el Protocolo de Kioto, el

²⁸ Esta característica ha llevado a la doctrina a denominar el régimen de la UE como “unilateralismo contingente”, en SCOTT, Joanne and RAJAMANI, Lavanya, “EU Climate Change Unilateralism”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, 2012, pp. 469-494

Acuerdo de transporte aéreo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos (conocido como acuerdo de cielos abiertos) y los principios de Derecho internacional consuetudinario de soberanía plena y exclusiva sobre el propio espacio aéreo, la no sujeción a la soberanía de ningún estado de la alta mar, la libertad de sobrevuelo del alta mar y la exclusiva competencia del Estado del pabellón en ese espacio aéreo²⁹.

Tres son los aspectos litigiosos más relevantes en el asunto: a) si la adopción de la Directiva viola las obligaciones derivadas del Protocolo de Kioto en relación con la cláusula que establece la negociación a través de la OACI; b) si el régimen de derechos de emisión puede considerarse una tasa, impuesto o carga prohibida por alguna de las obligaciones internacionales de la UE en el materia; c) si la Directiva tiene un efecto extra-territorial prohibido por normas de Derecho internacional. A pesar del interés de todos y cada uno de estos puntos, a efectos de esta comunicación vamos a limitarnos al primero.

A la hora de abordar la legalidad de la Directiva como medida unilateral de la UE en el contexto de las obligaciones suscritas por la UE en el Protocolo de Kioto, el TJUE reconoce que este Tratado satisface la primera de las condiciones para ser considerado parámetro de validez³⁰,

²⁹ DO C 49 de 18.2.2012. Esta sentencia ha sido una oportunidad relevante para que el TJUE abunde y ahonde en la relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea. En concreto, el caso tenía por objeto el control de validez de la Directiva desde la perspectiva del respeto de la misma de las obligaciones internacionales contraídas por la Unión Europea en la materia. Si bien esta cuestión –que el parámetro de control de validez sean normas de Derecho internacional- no es novedad en la jurisprudencia del TJUE con respecto a normas de derecho convencional, en este caso se incluyen como parámetros de control de la validez normas de carácter consuetudinario, lo cual sí es novedoso como afirma la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones presentadas el 6 de octubre de 2011, párrafos 108 y siguientes. Y sin embargo, no es este el lugar donde debe abordarse la cuestión.

³⁰ Conforme a los pars. 49-55 de la sentencia, los requisitos exigidos en jurisprudencia constante del TJUE para analizar la validez de una norma comunitaria a la luz de un tratado internacional cuando se disputa la misma ante un tribunal nacional por un particular son: a) que la UE esté vinculada por el tratado en cuestión; b) que la naturaleza y el sistema del tratado en cuestión permitan el control por el Tribunal; c) que el contenido de las disposiciones invocadas sea incondicional y suficientemente preciso, no supeditado a la adopción de acto ulterior alguno.

por cuanto que la UE es parte en el mismo³¹. Sin embargo, el TJUE afirma taxativamente que la disposición del Protocolo que establece que las Partes procurarán limitar o reducir sus emisiones de ciertos gases de efecto invernadero generadas por los combustibles de transporte aéreo por conducto de la OACI “no se puede considerar que [...] revista, por su contenido, carácter incondicional y suficientemente preciso a efectos de generar para el justiciable el derecho a alegarlo ante los órganos jurisdiccionales para impugnar la validez de la Directiva 2008/101”³².

Este *dictum* está claramente imbuido del espíritu de tribunal interno, no internacional, que preside la actuación del TJUE. No debe buscarse en el mismo ni en su jurisprudencia un juez de la legalidad internacional, como ha pretendido algún autor al comentar el caso³³. Cuestión diferente de la validez –interna- de la Directiva a la luz del Derecho de la Unión es el juicio de licitud o ilicitud que merezca esta medida unilateral desde la perspectiva del Derecho Internacional General, cuestión digna de ser analizada en profundidad en ulterior trabajo.

III. Contextualizando la medida de la UE.

El mandato incluido en el Protocolo de Kioto de negociar un sistema de regulación de las emisiones contaminantes provenientes del transporte aéreo a través de la OACI ha supuesto un lentísimo proceso en el que apenas ha podido llegarse a consensos mínimos. En tal contexto, la decisión de la UE de incluir este sector en su modelo de gestión de la contaminación aérea ha sido considerada unilateral y ha provocado numerosas reacciones.

³¹ *Idem*, párrafos 10 a 12.

³² *Idem*, párrafo 77.

³³ *Legal Analysis on the Inclusion of Civil Aviation in the European Union Emissions Trading System*, Centre for International Sustainable Development Law, Faculty of Law, McGill University, May 2012, p. 7.

a. *El proceso de negociación de un régimen multilateral en la OACI.*

La Asamblea de la OACI se reúne cada tres años desde 1959, salvo convocatoria extraordinaria. En 2004, en su 35ª Asamblea, la OACI adoptó lo que serían sus tres principales objetivos medioambientales, uno de los cuales era limitar o reducir el impacto de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de la aviación³⁴. En este momento, la OACI apoyó la adopción de mecanismos unilaterales estatales, de participación voluntaria para los operadores aéreos. Se mostró reacia en cambio al uso de mecanismos impositivos o de gravamen y favorables a mecanismos de mercados de derechos de emisión. Respecto a estos últimos, la Asamblea proponía al Consejo de la OACI que discutiera dos posibles variantes de trabajo: a) un sistema voluntario –para los operadores aéreos- de comercio de derechos de emisión; b) unas directrices para que los Estados incluyan las emisiones procedentes de la aviación internacional en los sistemas de comercio de derechos de emisión de los Estados contratantes, ya en vigor en estos conforme a la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

En la reunión de la 37ª Asamblea, en 2010, los Estados miembros fijaron (por primera vez en la historia de la OACI) los siguientes objetivos medioambientales³⁵:

- 1) Mejora de la eficiencia en el uso de combustibles de un 2% anual hasta 2020,
- 2) Aspiración a continuar ese ritmo de eficiencia (2% anual) entre 2021 y 2050;
- 3) Limitación del techo de emisiones de CO₂ a medio plazo al nivel de 2020.

³⁴ A35-5 Declaración refundida de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente. Véase en particular su Anexo I sobre Medidas basadas en criterios de mercado relacionadas con las emisiones de los motores de las aeronaves.

³⁵ Resolución A37-19, párrafos. 4 a 10.

La OACI invitó a los Estados miembros a presentar sus planes nacionales de acción antes de junio de 2012, considerando que el mecanismo de mercados de derechos de emisión es el más adecuado. La Asamblea adoptó un conjunto de directrices al respecto³⁶, entre las cuales el principio del consentimiento recíproco de los Estados implicados (que pueden ser, Estado de origen, Estado de destino y Estado de nacionalidad de la aeronave). Numerosos Estados presentaron reservas a distintos apartados de estas directrices³⁷. Por su interés para valorar este caso, en la tabla siguiente y en su clave explicativa intenta condensarse la posición de unos y otros Estados, al respecto.

Párrafos de la Resolución A37-19, de la Asamblea de la OACI, objeto de reservas

	Par. 6	Par. 6.c)	Par. 12	Par. 14	Par. 15	Par. 16	Par. 17
UE + CEAC (Conferencia Europea de Aviación Civil)							
Arabia Saudí, Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, India, Irán, Iraq, J.A. Libia, Pakistán, Venezuela							
Australia, Canadá							
China							

³⁶ Anexo a la resolución A37-19 (y párrafo 14).

³⁷ Como recoge el párrafo 9 del Preámbulo de la Directiva 2008/101/CE, “Recordando que la Convención de Chicago reconoce expresamente el derecho de cada Parte contratante a aplicar de forma no discriminatoria sus propias leyes y reglamentos a las aeronaves de todos los Estados, los Estados miembros de la Comunidad Europea y otros 15 Estados europeos formularon una reserva a esta Resolución y, en virtud del Convenio de Chicago, se reservaron el derecho a establecer y a aplicar medidas basadas en el mercado de forma no discriminatoria a todos los operadores de aeronaves de todos los Estados que prestasen servicios con destino u origen en su territorio o dentro de este”.

Emiratos Árabes Unidos, Singapur							
Estados Unidos							
Federación de Rusia							
Japón							

CLAVE de lectura:

Par. 6: Propuesta de mantenimiento del límite de emisiones a medio plazo en el nivel de 2020.

Par. 6.c): Propuesta sobre la posibilidad de que países desarrollados adopten medidas más ambiciosas que permitan que países en desarrollo aumenten sus emisiones dentro del contexto de mantener las emisiones a largo plazo en el límite de las correspondientes a 2020.

Par. 12: Exoneración del deber de presentar un plan de acción a aquellos Estados que no superen un umbral *de minimis* de actividad aérea.

Par. 14: Sujeción de la aplicación de mecanismos de mercado a las directrices del anexo y negociados bilateral o multilateralmente entre los Estados implicados.

Par. 15: Exenciones en los eventuales mecanismos de comercio de derechos de emisión de los explotadores aéreos que no superen un umbral *de minimis* y en otros casos que puedan determinar los Estados al elaborar estos mecanismos.

Par. 16: Solicitud al Consejo de la OACI para que revise los umbrales *de minimis* en los sistemas de comercio de derechos de emisión, en 2011 teniendo en cuenta las circunstancias específicas de los Estados y las posibles repercusiones en la industria de la aviación y los mercados.

Par. 17: Necesidad de que los Estados miembros revisen los mecanismos de mercado existentes y previstos conforme a las directrices del anexo.

En suma, la OACI ha asumido muy despacio su responsabilidad en el marco del Protocolo de Kioto, y en 10 años no ha sido capaz de diseñar un modelo común de gestión: tampoco ha logrado acordar principios comunes de consenso por los que deban regirse los programas nacionales de los Estados ni se ha puesto de acuerdo para siquiera prohibir un tipo concreto de modelo. Entre las razones para este lentísimo avance algún investigador apunta una posible incompatibilidad entre el objetivo fundamental de la OACI –promover el transporte aéreo, en condiciones de seguridad- y los objetivos del Protocolo de Kioto –reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero-³⁸. Igualmente puede apuntarse el conflicto entre la dinámica de Kioto sobre responsabilidades diferenciadas de países desarrollados y en desarrollo y los principios igualitarios que presiden las normas y estándares de la OACI.

En la próxima reunión de la Asamblea de la OACI, que tendrá lugar entre los días 24 de septiembre y 4 de Octubre de 2013, el punto 17 del orden día vuelve a incluir, entre otras cuestiones medioambientales “*la aviación internacional y el cambio climático, incluyendo el progreso logrado con respecto a una nueva norma en materia de emisiones de CO2 para aeronaves, planes de acción de los Estados y asistencia a los Estados, combustibles de aviación alternativos sostenibles, medidas basadas en criterios de mercado y metas mundiales a las que se aspira*”³⁹.

b. Las reacciones de terceros a la adopción de la normativa de la UE.

Las reacciones ante la adopción de la Directiva 2008/101 no se hicieron esperar.

Desde el sector privado y como ya hemos visto, se atacó la validez de la misma a través de un recurso interpuesto en foro británico contra la normativa de transposición de la Directiva en el Reino Unido. Si bien la demanda agrupaba a un conjunto de empresas y asociaciones de empresas

³⁸ *Legal Analysis on the Inclusion...*, op. cit. p. 10.

³⁹ A38-WP/1, de 18 de diciembre de 2012, tercera y última revisión de 18 de junio de 2013. La cursiva es mía.

americanas y canadienses, en el proceso participaron asociaciones internacionales de empresas (como IATA) y ONGs.

Pero a esta reacción legal se sumaron todo un conjunto de manifestaciones públicas de distintos Estados parte en el Protocolo de Kioto y miembros de OACI, repudiando y rechazando la medida unilateral de la UE y anunciando la eventual adopción de medidas de respuesta. Así ha ocurrido con la India o con China⁴⁰. Esta última ha amenazado no sólo con prohibir a sus empresas que paguen los derechos de emisión correspondientes, sino que también amenazó con reconsiderar la compra de aeronaves europeas o con adoptar medidas nacionales como contramedidas al régimen europeo. India aconsejó a sus empresas que no participaran en el sistema de la Directiva e incluso que no compraran derechos de emisión a países europeos (extendiendo con ello el rechazo a otros sectores distintos).

Por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de su Secretaria de Estado y el Secretario de Transporte, se opuso desde la perspectiva legal y la política a la aplicación de la norma a las empresas americanas por considerarla contraria a las normas de la OACI sobre emisiones. Además de manifestar mediante carta dirigida a la Comisión Europea su posición política el Congreso aprobó y el Senado refrendó una ley⁴¹ que permitía al Secretario de Transporte prohibir a las empresas americanas su participación en el mercado europeo de derechos de emisión por contaminación aérea por considerar que la norma europea pretendía su aplicación extraterritorial y que la UE estaba realizando un “boicot” a los procesos de negociación y discusión en curso en el seno de la OACI.

⁴⁰ Un recuento de las distintas reacciones y referencias documentales puede encontrarse en LEAL-ARCAS, Rafael, *Climate Change and International Trade*, Edward Elgar Publishing, pp 160 y ss.

⁴¹ “European Union Emissions Trading Scheme Prohibition Act of 2011”, de 3 de enero de 2012, disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s1956enr/pdf/BILLS-112s1956enr.pdf>. El texto del Congreso lleva la referencia “House of Representatives 2594” y el del Senado y finalmente aprobado, S 1956.

En septiembre de 2011, se reunieron gran parte de los miembros no europeos del Consejo de la OACI⁴² y Chile, sumando un total de 26 Estados en Nueva Delhi. La declaración conjunta emitida al término de la reunión de Nueva Delhi no incluía la adopción de medidas, pero sí el rechazo del modelo en tanto en cuanto fuera aplicables a operadores de Estados no miembros⁴³.

A nivel institucional, el Consejo de la OACI se reunió en noviembre de 2011⁴⁴ adoptando una resolución⁴⁵ en la que considera el sistema de la UE “incongruente con el Derecho internacional” y solicita de la UE que no lo aplique a los operadores que no tienen la nacionalidad de uno de los Estados miembros. A la par solicitaba que se impulsaran los trabajos de la OACI para lograr la reducción de las emisiones, pero sin mencionar la posibilidad de un modelo de mercado de cuotas de emisión. La UE presentó una reserva formal al documento⁴⁶.

En Febrero de 2012 se reunieron 20 Estados⁴⁷, al margen de la OACI de nuevo, para adoptar un conjunto de medidas de respuesta a la normativa de la UE. Dándole un nuevo giro al problema, fundamentaron el supuesto ilícito europeo en una amenaza seria para el mercado y la libre competencia⁴⁸. Adoptaron una propuesta de cesta de medidas de respuesta,

cuya adopción dependería de la voluntad unilateral de cada Estado y que, por tanto, se publican en la declaración como “medida disuasoria”. Dicha cesta –y sin tratarse de una lista cerrada- incluye las siguientes posibles medidas:

- Posibilidad de presentar una solicitud de arreglo de controversias al amparo de las normas de solución de controversias de la OACI (art. 84 de la Convención de Chicago)⁴⁹;
- Adopción o modificación de normas nacionales que prohíban la participación de empresas en el mecanismo de la UE;
- Reuniones con las empresas europeas para ponerles de manifiesto la posibilidad de adopción de medidas equivalentes
- Incremento de las exigencias de provisión de datos por parte de los operadores aéreos procedentes de la UE
- Examen de la licitud de la acción de la UE en el marco de la OMC y eventual reclamación en el marco de la misma
- Revisión de acuerdos bilaterales (incluyendo acuerdos de cielos abiertos) con Estados miembros concretos y con la Unión, suspender las conversaciones presentes y futuras sobre ampliación o mejora de derechos para los operadores aéreos de Estados miembros de la UE
- Adopción de impuestos o tasas adicionales a los operadores de la UE como forma de contramedida.

Si durante los primeros meses de aplicación de la Directiva, la Comisión Europea se comportó con sumo celo –elaborando la lista de compañías afectadas y Estados, gestores, solicitando los datos para el cálculo de derechos de emisión, abriendo el período de solicitud y concesión de derechos para 2012 e incluso resolviéndolo-, con posterioridad relajó su posición ante la presión internacional e interna (las propias compañías europeas, fabricantes de aviones, e incluso Estados miembros hicieron sentir su malestar ante las consecuencias de la medida).

⁴² A la excepción de Burkina Faso, Camerún, Guatemala, Marruecos, Swazilandia y Uganda estuvieron presentes los demás no europeos: Argentina, Brasil, Canadá, China, Colombia, Cuba, Egipto, Japón, India, República de Corea, Malasia, México, Nigeria, Paraguay, Perú, Filipinas, Qatar, Rusia, Arabia Saudí, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Turquía, Emiratos Árabes Unidos y los Estados Unidos de América.

⁴³ Véase resumen en <http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=76388>.

⁴⁴ De 18 Estados presentes en la reunión del Consejo de la OACI (que tiene un total de 36 miembros), 5 son miembros de la Unión Europea: Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania e Italia.

⁴⁵ El documento con los debates y la resolución adoptada está publicado en la página web de la UE: http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/minutes_icao_en.pdf.

⁴⁶ El texto íntegro del documento presentado por la UE puede verse en http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/reservations_20120112_en.pdf.

⁴⁷ Armenia, Argentina, Bielorrusia, Brasil, Camerún, Chile, China, Cuba, Guatemala, India, Japón, Corea, México, Nigeria, Paraguay, Rusia, Arabia Saudí, Seychelles, Singapur, Suáfrica, Tailandia, Uganda y los Estados Unidos de América.

⁴⁸ En concreto, la declaración conjunta basa todas las medidas en la consideración de que “the inclusion of international civil aviation in the EU-ETS leads to serious market

distortions and unfair competition”. El texto completo puede verse en <http://www.ruaviation.com/docs/1/2012/2/22/50/>

⁴⁹ Doc 7782/2.

Ante esta situación de presión continuada, la Comisión Europea propuso en Noviembre de 2012 una moratoria en la aplicación de la Directiva⁵⁰, de manera que los vuelos que entraran y salieran de los aeropuertos de la UE entre 2010 y 2012 estuvieran exentos, a la espera de las negociaciones en curso y de un posible acuerdo en la 38ª Asamblea de la OACI que se celebrará a final de septiembre de 2013. El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la decisión el 24 de abril de 2013, con entrada en vigor inmediata⁵¹. Los vuelos intra-comunitarios, sin embargo, han estado sujetos al sistema previsto por la misma durante todo este tiempo.

Epílogo. Intereses globales y modelos institucional, multilateral y unilateral de gestión: a modo de conclusión provisional.

Desde una perspectiva idealista, utópica, tiende a identificarse intereses globales y modelo institucional de gestión como una pareja de baile perfecta. Sin embargo, este caso pone de manifiesto cómo en el ámbito medio ambiental la protección del interés global en la reducción de gases de efecto invernadero se ha encauzado generalmente hacia la acción multilateral de los Estados, dejando un margen importante de libertad a los Estados para decidir y aplicar las medidas oportunas.

En los pocos casos en los que la gestión de esta manifestación concreta del interés global en la protección del medio ambiente se ha tratado de encauzar a través de la acción institucional –las emisiones de gases de efecto invernadero del transporte aéreo- las evidencias muestran que el modelo institucional no ha funcionado. Tras años de conversaciones ha sido imposible lograr hasta el presente un acuerdo.

⁵⁰ COM(2012) 697, 2012/328 (COD), Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council derogating temporarily from Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community.

⁵¹ Decisión 377/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2013, que establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, DOUE L113, de 25.4.2013.

¿Justifica ello la acción unilateral de la UE, paradójicamente institucional desde la perspectiva de los Estados miembros? Desde un punto de vista estrictamente jurídico habría que entrar a analizar un denso entramado de problemas ligados al caso para realmente determinar si la acción de la UE al adoptar la Directiva ha supuesto un hecho ilícito internacional, con respecto de qué normas precisas, quién podría invocar la responsabilidad, con qué contenido, cuáles serían los medios de arreglo pacífico óptimos en cada caso y, en su caso, qué contramedidas podrían adoptarse, dada la disparidad de vínculos jurídicos existentes. Sin embargo no es ese el objetivo de esta comunicación. Desde la perspectiva del tema de este congreso, es necesario reflexionar sobre la interacción entre los modelos unilateral, multilateral e institucional en la gestión de intereses globales.

En el caso concreto que hemos expuesto, la acción unilateral de la Unión Europea –con independencia de su consideración legal- es un catalizador que puede permitir desbloquear la acción institucional y multilateral en el contexto del Protocolo de Kioto y de su mandato de negociar la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el sector del transporte aéreo. El conjunto de actuaciones –de la UE y de los demás actores de la partida, OACI, Estados, empresas...- ha puesto sobre el tablero la urgencia y necesidad de llegar a acuerdos en la próxima reunión de la Asamblea de la OACI que tendrá lugar a final de septiembre de 2013.

No existe, por tanto y a nuestro juicio, una vía única o ideal para la consecución de los intereses globales. Si en el ámbito medioambiental y en concreto para alcanzar los objetivos de reducción de emisiones contaminantes, los tratados internacionales han priorizado la acción multilateral sobre la institucional –siendo esta última vía excepcional y ligada a sectores contados como el aéreo o el marítimo-, la dinámica propia de las relaciones internacionales ha llevado al estancamiento temporal en la vía institucional y la reactivación de ciertas dosis de unilateralismo. Quizás la acción unilateral tenga al menos el valor positivo de enfrentar a los distintos actores en presencia a las consecuencias de su propia inactividad en los foros multilaterales e institucionales.

Más allá de esta primera conclusión provisional – a expensas de lo que ocurra tras la Asamblea de la OACI-, debemos pararnos a pensar cuál son los intereses en juego en los comportamientos de unos y otros actores. Una lectura detenida de los documentos de reacción a la Directiva 2008/101 –como la Resolución de Nueva Delhi o la Resolución de Moscú– pone manifiesto que más allá de la protección de los intereses globales medioambientales en juego, los actores implicados están defendiendo intereses económicos nacionales, la competitividad de sus respectivos operadores aéreos e incluso, de sus industrias de producción aeronáutica, puesto que una mayor eficiencia energética de los nuevos modelos de aviones en desarrollo será un criterio determinante para el reparto de cuotas de mercado en el sector de la producción si llegan a implantarse y/o aplicarse sistemas de mercado de cuotas de emisión como el regulado por la Directiva 2008/101. Y en ese punto, la ya iniciada guerra entre Airbus y Boeing (y que enfrenta desde 2006 a Estados Unidos y la UE y ciertos Estados miembros en el marco de procedimientos de arreglo de controversias ante la OMC, en fase final de contramedidas⁵²) no deja de ser un elemento colateral de influencia, como lo es el auge y desarrollo de las industrias aéreas brasileñas, canadiense o china a corto y medio plazo en la producción de grandes aeronaves civiles.

La UE parece pecar ciertamente de idealista, frente al resto de actores en juego, tratando de defender el interés medioambiental por encima de los intereses económicos. Existen datos que prueban que esta medida –la Directiva 2008/101- ha generado junto al rechazo del conjunto de Estados con intereses relevantes en el sector del transporte aéreo, amenazas serias para las ventas de una de las empresas más relevantes a nivel mundial en el sector (EADS). La UE, que mantiene sus compromisos de reducción de emisiones en los demás sectores para el período 2013-2020– a diferencia de Estados Unidos, Canadá, Japón, Rusia y Nueva Zelanda- y a pesar de que las reducciones en el sector aéreo no computan, ha adoptado una medida que le puede suponer una pérdida de

⁵² Véase al respecto WT/DS316, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros — Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles* y WT/DS347, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros — Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*.

competitividad al encarecer los vuelos con origen o destino en países de la UE (más precisamente del EEE), e incluso un desplazamiento de los mismos hacia países limítrofes desde los cuales se multipliquen las escalas como puertos de entrada al territorio de los Estados miembros (basta pensar en Suiza, Turquía, Rusia...), lo cual redundaría en una reducción notable en el cómputo de las cuotas de emisión aérea atribuible a esos operadores aéreos en el sistema regulado por la UE⁵³.

Es sorprendente y paradójico que la acción unilateral atacada desde todas las posiciones posibles resulte ser la más altruista teniendo en cuenta el juego de intereses en presencia. Sin duda, y desde una perspectiva jurídica que no hemos explorado en esta comunicación, el incumplimiento de una norma es a menudo el primer paso para la elaboración de una nueva norma, una puesta al día de la misma, el surgir de una nueva práctica o la cristalización de una costumbre en formación. Salvando las distancias, y desde la perspectiva política, una medida unilateral de la UE contraria según la apreciación de distintos sujetos de Derecho internacional al Protocolo de Kioto puede ser el motor que logre que el Consejo de la OACI alcance un principio de acuerdo sobre el modelo de gestión de las emisiones aéreas. Y es hora de ello, por cuanto que para 2020 se espera que las emisiones globales procedentes de la aviación sean un 70% más altas que las de 2005, incluso teniendo en cuenta la mejora en la eficiencia energética de la aviación que alcanza un 2% de reducción de emisiones anuales. La OACI prevé que para 2050 las emisiones podrían crecer entre un 300% y 700% más con respecto a los niveles de 2020. Y su cómputo está exento de las reducciones reguladas por el Protocolo de Kioto.

Como afirmara René Jean Dupuy en 1986, el modelo institucional no constituye un progreso en sí mismo respecto del modelo relacional, puesto que este último no es un modelo negativo en las relaciones internacionales, sino que se presenta como “irreductible”⁵⁴. La regulación y gestión de los intereses globales participa necesariamente de la confrontación dialéctica de ambos modelos, como se ha abordado en esta comunicación.

⁵³ LEAL-ARCAS, Rafael, *Climate Change and International Trade*, Edward Elgar Publishing, p. 168.

⁵⁴ DUPUY, René-Jean, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, UNESCO, 1986, en especial pp. 59 y siguientes.