

¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente?

MEINHARD HILF*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. A. Tensiones en el ámbito de la OMC y el Medio ambiente. B. Problemas ambientales en un sistema pluridimensional. C. El cuadro jurídico uniforme de la OMC. D. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC. E. Las reglas formales de la prioridad no son ninguna solución para los casos de conflicto. F. Visión de conjunto. II. REFERENCIAS AMBIENTALES EN EL DERECHO DE LA OMC. A. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. B. El GATT 1994: Art. I, III y XI. C. Las excepciones ambientales del artículo XX GATT 1994. D. Esquema de los requisitos legales para las medidas unilaterales de protección. E. El Acuerdo sobre barreras técnicas al comercio: Preámbulo y Art. 2.2. F. El Acuerdo sobre la aplicación de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. G. El Acuerdo sobre Agricultura: anexo 2 sección 12. H. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias: Art. 8.2 letra c). I. Los Acuerdos ADPIC y AGCS. J. El *dumping* ecológico y la contratación pública. III. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: ENTENDIMIENTO RELATIVO A LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. A. El derecho aplicable. B. La necesidad de reforma. IV. ¿EXISTEN AVANCES SÓLO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA? LOS TRABAJOS DEL COMITÉ SOBRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE DE LA OMC. V. CONCLUSIÓN: OMC Y MEDIO AMBIENTE COMO RÉGIMENES LEGALES COMPLEMENTARIOS.

I. INTRODUCCIÓN

A. Tensiones en el ámbito de la OMC y el Medio ambiente

La confluencia de dos corrientes marinas forman grandes remolinos que paulatinamente van adoptando un equilibrio nuevo, un colorido nuevo y una

* Catedrático de Derecho internacional y europeo en la Universidad de Hamburgo, Alemania. Texto presentado en el aniversario de la Sociedad de Derecho del Medio Ambiente (*Gesellschaft für Umweltrecht e.V.*) el 5.11.1999 en Berlín. Desearía agradecer a Sebastian Puth, colaborador en la investigación, sus valiosas sugerencias y su enérgico apoyo. Traducción de Rosa María Fernández Egea.

temperatura nueva. Esta imagen podría asemejarse a la confluencia de las numerosas normas de protección ambiental y el derecho comercial internacional de la OMC.¹ Pero en este caso, también confluyen otras corrientes que contienen pretensiones no necesariamente económicas, como son la protección de la salud, los intereses culturales y las exigencias más dispares de seguridad y orden público. Por lo tanto, esta imagen no puede ser objeto de una interpretación sencilla.

Para solventar esta cuestión, parece obvio que la aplicación tanto de la regla *lex posterior* como de la regla *lex specialis* está condenada al fracaso.² Por lo general, en el ámbito internacional, la regla *lex posterior* debe vincularse más a una cuestión de pura coincidencia. Aunque en un principio la gran mayoría de los acuerdos internacionales sobre la protección del medio ambiente podían reclamar su primacía frente al GATT 1947, tras la creación de la OMC en 1994, éstos han quedado en desventaja³, a menos que les fuera otorgada de nuevo la preferencia mediante un protocolo suplementario. En cualquier caso, el establecimiento de una prioridad entre ellos, siempre que tal cuestión pueda efectivamente tomarse en cuenta, no debería depender del interrogante de cuándo entra en vigor un acuerdo sobre la protección ambiental realmente. Esto es así ya que el tiempo que va a tardar un acuerdo internacional en ser ratificado es muy difícil de predecir.⁴ Más aún si se tiene en cuenta que si la ratificación se extiende mucho en el tiempo, las condiciones y los problemas que surgen en la fase de negociación suelen variar frecuentemente y en un sentido extremo.

En relación a la determinación de la primacía en virtud de la regla *lex specialis*, su aplicación podría ser reclamada por ambos cuerpos normativos.

¹ Una descripción general en: WTO, Trade and Environment in the GATT/WTO, Documento base de la Secretaría para el *High Level Symposium on Trade and Environment*, 15./16 de marzo de 1999, http://www.wto.org/hlms/tr_envbadoc.htm; John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 3. ed., 1995, p. 561; Reiner Schmidt y Wolfgang Kahl, "Umweltschutz und Handel", en Hans-Werner Rengeling (eds.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, 1998, § 90; Ernst-Ulrich Petersmann, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, 1995; Daniel C. Esty, *Greening the GATT*, 1994; Frank Altemöller, *Handel und Umwelt im Recht der Welthandelsorganisation WTO*, 1998; próximamente Hans Rudolf Trüeb, *Umweltrecht nach der Uruguay-Runde*, 2000; Janet McDonald, "Greening the GATT: Harmonizing Free Trade and Environmental Protection in the New World Order", *Environmental Law* 23 (1993), p. 397; Ludwig Gramlich, "GATT und Umweltschutz - Konflikt oder Dialog? Ein Thema für die neunziger Jahre", *ArchVR* 33 (1995), p.131; Stephan Kux, *WTO und Umwelt*, in: Daniel Thürer/Stephan Kux (eds.), *GATT 94 und die Welthandelsorganisation*, 1996, p.277; Harald Hohmann, "Der Konflikt zwischen freiem Handel und Umweltschutz in der WTO und der EG", *RIW*, aún por publicar.

² Cf. Art. 30 párrafo 3 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³ En realidad el GATT 1994 se considera sucesor del GATT 1947. A pesar de que su texto siga siendo prácticamente idéntico, se diferencia jurídicamente del GATT 1947 (art. II párrafo 4 Acuerdo sobre la OMC) y es objeto de una interpretación distinta debido a encuadrarse, junto con los demás acuerdos asociados, en el marco de la OMC.

⁴ Como ejemplo sirve la Convención marco de la UN del Clima (UNFCCC) junto con el Protocolo de Kyoto. La Convención tuvo lugar del 4 al 14 de junio de 1992, más tarde del 20 de junio de 1992 hasta el 19 de junio de 1993 para efectuar la Firma, y entró en vigor el 21 de marzo de 1994. El Protocolo de Kyoto, adoptado el 11 de diciembre de 1997, tuvo lugar del 16 de marzo de 1998 hasta el 15 de marzo de 15.3.1999 para la firma, aunque todavía no ha entrado en vigor. Ver www.unfccc.de/resource/convkp.html.

Incluso si tomásemos la simple regla de la excepción, en virtud de la cual se exige la interpretación estricta de las excepciones, parece obvio que tampoco puede tomarse en cuenta, ya que de nuevo, ambos cuerpos normativos pueden hacer que dicho criterio juegue a su favor.

El resultado que extraeremos en las reflexiones que se harán más adelante se presenta ya como algo inevitable: ambas corrientes o ambos cuerpos normativos están tan unidos entre sí, que cualquier conflicto habrá de superarse sobre la base de una *validez y ponderación equilibrada*. Éste y no otro ha de ser el resultado de las reflexiones que siguen y que hacen referencia a la relación entre la OMC y el medio ambiente, lo que tampoco ha de sorprendernos en demasía.

B. Problemas ambientales en un sistema pluridimensional

Son ya desde 1995 por lo menos unas 26.000 las páginas de normativa de la OMC que pueden entrar en conflicto con los casi 220 acuerdos internacionales del medio ambiente que existen hoy día y que han sido concluidos en su mayoría con anterioridad a la OMC. Ambos conforman conjuntos de reglas extremadamente variadas y que además hacen referencia a otros ámbitos en los cuales pueden producirse conflictos aún desconocidos. Los acuerdos ambientales tienen como objeto la lista de peligros ambientales que han sido reconocidos actualmente y que podrían considerarse como los inicios de un consenso internacional. Si bien, es verdad que para otras muchas situaciones de peligro actuales no existen aún acuerdos de derecho internacional público alguno, como por ejemplo ocurre en el ámbito del comercio con basura electrónica⁵ o el caso más amenazador que constituye el comercio de bienes genéticamente manipulados o para cuya producción se utilizan organismos genéticamente manipulados⁶.

Al menos 20 de los acuerdos de derecho internacional sobre la protección del medio ambiente de los anteriormente referidos contienen reglas comerciales que contravienen directamente el derecho de la OMC.⁷ A modo de ejemplo pueden nombrarse los siguientes:

⁵ Cf. el proyecto de Directiva comunitaria sobre la chatarra electrónica (www.svtc.org/cleancc/weeedir.htm) y las dudas hechas públicas por la *American Electronics Association* (AEA) en cuanto a su compatibilidad con las reglas de la OMC (www.svtc.org/clencc/analysisaea.htm).

⁶ Stevan M. Pepa, "International Trade and Emerging Genetic Regulatory Regimes", *Law and Policy in International Business* 29 (1988), p. 415; ver en ámbito comunitario: la Directiva del Consejo de 23.4.1990 sobre la intencionada liberación de organismos modificados genéticamente en el medio ambiente (90/220/CEE), DOCE 1990 L 117/15; Reglamento CE número 258/97 de 27.1.1997 sobre nuevas clases de productos alimenticios y nuevos ingredientes de productos alimenticios, DOCE 1997 L 43/1; en este sentido ver, Eckhard Rehbinder, "Das Konzept des anlagen- und produktbezogenen EG-Gentechnikrechts - die Freisetzungsrichtlinie und die Novel Foods-Verordnung", *ZUR* 1999, p. 6; Hans-Georg Dederer, "Kennzeichnung gentechnischer Lebensmittel nach Europäischem Gemeinschaftsrecht", *EWS* 1999, p.247.

⁷ Esty (supra nota 1), p.275 y ss.; Petersmann (supra nota 1), p.155 y ss.; COM (96) 54 final de 28.2.1996, p.18.

- (1) El *Acuerdo de Washington sobre la Protección de las especies animales y vegetales de 1973*,⁸ de protección de animales en peligro frente a su sobreexplotación a través del comercio internacional. Regula las condiciones previas para la concesión de autorizaciones de importación y exportación de determinados tipos de animales (Arts. II - V).
- (2) El *Acuerdo de Basilea*⁹ sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1989, el cual permite el comercio de residuos entre las partes contratantes sólo bajo determinadas condiciones y lo prohíbe por regla general con terceros Estados no firmantes (Arts. 4 y 6).
- (3) Además el *Protocolo de Montreal*¹⁰ para la protección de la capa de ozono de 1987, contiene en su artículo 4 importantes restricciones al comercio de sustancias nocivas para la capa de ozono con Estados que no sean partes del Acuerdo.

Ante los daños causados al medio ambiente, los Miembros de la OMC, suelen reaccionar, entre otras cosas, con restricciones al comercio a las que recientemente se han referido Jansen y Lugard¹¹:

- (1) Siguen sin plantear problema alguno las restricciones al comercio adoptadas para proteger bienes que se encuentran *dentro del territorio nacional* del Estado que las dicta. Un ejemplo lo constituiría la prohibición de importación de la carne hormonada¹², siempre y cuando los expertos en salud de la UE, que aparecen todos los días en los titulares, hayan podido conseguir la prueba médica, ansiada desde hace tiempo, que demuestre el peligro de la utilización de las hormonas del crecimiento.
- (2) Una segunda práctica concierne a las desacreditadas *PPMs (processes and production methods)*, procesos y métodos de producción utilizados *en otros países* que no alcanzan el nivel deseado. Se establecen prohibiciones a la importación con el propósito último de inducir a otros Estados a que observen los mismos *estándares* de protección ambiental en la producción de los bienes, o por lo menos parecidos, que los del país que las dicta. El clásico ejemplo es el que constituye el asunto que afectó a México por la utilización de redes de pesca del atún que no permitían la escapada de los

⁸ Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), *Bundesgesetzblatt* (BGBl.) II 1975, p.773.

⁹ Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, BGBl. II 1994, p.2704.

¹⁰ El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, BGBl. 1988 II, p. 1014; 1991 II, p. 1332; 1993 II, p.2183; Compárese con Ann Rutgeerts, "Trade and Environment, Reconciling the Montreal Protocol and the GATT", *JWT* 33 (1999) núm. 4, p. 61.

¹¹ Bernhard Jansen/Maurits Lugard, "Some Considerations on Trade Barriers Erected for Non-Economic Reasons and WTO Obligations", *JIEL* 1999, p. 530.

¹² Cf. Informe del Órgano de Apelación, AB-1997-4, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, de 16.1.1998, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (conocido como el asunto *Hormonas*).

delfines que eran accidentalmente pescados.¹³ También la autorización de importación de madera tropical únicamente de aquellas explotaciones sostenibles o la importación del papel para cuya producción no se haya utilizado técnicas de blanqueado que perjudican al ozono. Esta *práctica paternalista* hace tiempo que se considera incompatible con el GATT.¹⁴ Sin embargo, aún quedan sin resolver aquellos casos en los que ambos países litigantes son a la vez parte de acuerdos internacionales relativos a los métodos de producción que se cuestionan.

- (3) La tercera categoría concierne a aquellas medidas que *protegen los bienes comunes o global commons*.¹⁵ También aquí debería ser importante observar si los acuerdos internacionales ya existen y si los Estados, sobre todo el Estado comerciante, se encuentran afectados por estos peligros ambientales globales, lo que generalmente sí será el caso.
- (4) Si no es así, nos encontraríamos ante una *cuarta categoría* de casos en los cuales una restricción al comercio no podría estar justificada.

El conjunto de estos cuatro grupos de casos encuentran su significado jurídico en el perifrástico "*sistema pluridimensional*", en el cual a menudo se juntan el derecho ambiental y económico, tanto nacional, europeo como internacional. Por lo tanto, complejidad "hay para dar y tomar". Las diferentes partes del sistema del derecho entran en conflicto "en sus fronteras", y esto en un doble sentido. Los mercados no funcionan. Mientras los actores individuales pueden moverse por todo el mundo gracias a su libertad ilimitada, los Estados y las comunidades regionales quedan atrapados en sus fronteras. Sólo un entendimiento internacional puede aportar una solución, la cual hasta hoy día no ha podido conseguirse suficientemente a pesar del impresionante número de acuerdos que han sido adoptados.

En las jornadas de la Sociedad de Derecho Ambiental (*Gesellschaft für Umweltrecht*) se ha constatado la indisociabilidad del derecho ambiental y el económico en los ámbitos nacional y europeo.¹⁶ En el marco de la CE el Tratado de Amsterdam establece en su *art. 6* TCE de forma expresa y en una posición resaltada que las exigencias de la protección del medio ambiente han de ser integradas en la definición y en la realización de las políticas comunes, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.¹⁷ La CE además dispone de las correspondientes competencias que le permiten conseguir una amplia ponderación de los intereses ambientales con otro intereses públicos y

¹³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos- Restricciones a la importación de atún*, de 3.9.1991, IBDD 39S/155, 30 I.L.M. (1991), p. 1594 (conocido como el asunto *Atún I*), no adoptado.

¹⁴ COM (96) 54 final, de 28.2.1996, p. 22, así como la cita en la nota 44.

¹⁵ Con mayor detalle al respecto, ver Jeffrey L. Dunoff, "Reconciling international trade with preservation of the global commons: Can we prosper and protect?", *Washington and Lee Law Review* 49 (1992), p. 1407 y ss.

¹⁶ Cf. la lista de documentos de la Sociedad para el Derecho del Medio Ambiente (*Gesellschaft für Umweltrecht*), sobre todo la *Dokumentation zur 21. wissenschaftlichen Fachtagung*, Berlin 1997: Udo Di Fabio/Nigel Haigh, *Integratives Umweltrecht - Bestand, Ziele, Möglichkeiten* -, 1998, p. 27.

¹⁷ Christian Calliess, "Die neue Querschnittsklausel des Art. 6 ex 3c EGV als Instrument zur Umsetzung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung", *DVBl.* 1998, p. 559.

privados. Una "*cláusula del equilibrio o punto medio*" como ésta se echa en falta en el derecho de la OMC, y debería cuestionarse si tendría que ser fomentada en el Programa de la "Ronda del Milenio".

Las siguientes reflexiones se refieren fundamentalmente a la cuestión de si ya hoy por hoy puede incluirse de forma integrada el objetivo de la protección del medio ambiente como un objetivo de igual rango que el de libre comercio, ya sea mediante la interpretación o la introducción de principios jurídicos no escritos.

C. El cuadro jurídico uniforme de la OMC

Con el cambio del milenio, la OMC celebró su quinto aniversario. A pesar de que en la Declaración de Río de 1992¹⁸ para la protección del medio ambiente se proclamó mundialmente el principio de cooperación internacional, éste no tuvo casi eco en los resultados de la Ronda de Uruguay, que venía celebrándose paralelamente desde 1986 hasta 1994.¹⁹ Desde entonces la OMC fue designada por los círculos ecologistas como un mercado "ecológicamente ciego", a la vez que éstos eran clasificados de "proteccionistas verdes" en los círculos comerciales.

La Secretaría de la OMC publicó el 14 de octubre de 1999 un *estudio sopesado* que contenía las conclusiones sobre "el comercio y el medio ambiente".²⁰ En concreto, se determina que en el entramado que constituyen las relaciones entre la OMC y el medio ambiente no sólo existen zonas blancas y zonas negras, sino también muchas zonas grises.

Los resultados más importantes, que seguramente no sean muy novedosos, a pesar de que con frecuencia no se tienen presentes, son los siguientes:

- (1) El crecimiento económico no sólo significa perjuicios para el medio ambiente sino que también puede asentar las condiciones indispensables para lograr una protección efectiva del medio ambiente.
- (2) La protección del medio ambiente efectiva no constituye un problema de costes o de desventajas competitivas, sino que con frecuencia incluso favorece el desarrollo económico.
- (3) Lo decisivo para una protección efectiva del medio ambiente es una buena política estatal y un alto nivel educativo, lo que por otro lado también se encuentra estrechamente ligado al crecimiento económico.

Quizás, con el cierre de la *Ronda de Uruguay* se desaprovechó una oportunidad histórica. Como consecuencia de su conclusión bajo una presión inevitable de "todo o nada" (conocido como el "*single approach*"), se obtuvieron un gran número de *resultados casi revolucionarios*, cuya envergadura será

¹⁸ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y de 14.6.1992, I.L.M. 31 (1992), p. 876.

¹⁹ Symposium OMC (supra nota 1), fund. 6 y ss.; Gramlich (supra nota 1), p. 131 y ss.

²⁰ Accesible vía Internet: <http://www.wto.org/wto/new/environment.pdf> o bien en versión resumida: <http://www.wto.org/wto/new/press140.htm>.

perceptible de forma paulatina.²¹ Sin embargo, desgraciadamente éstos no hacían referencia a la protección del medio ambiente.

Por de pronto, el GATT 1947, acuerdo que se aplicaba de forma provisional, se convierte en una *Organización independiente*. Con sus ya 135 miembros y casi 30 candidatos a la adhesión, entre otros China y Rusia, conseguirá pronto una membresía universal. También la CE se constituyó, por primera vez, como miembro de la OMC, junto con sus Estados miembros.

Cerca de unos 200 tratados y acuerdos diferentes de membresías dispares han llegado a ser administrados en el sistema del GATT 1947. Con la OMC, toda esta normativa ha sido aglutinada en un conjunto de Acuerdos Comerciales Multilaterales, a los que los Estados *sólo pueden adherirse en bloque* (art. II, párrafo 2 del Acuerdo sobre la OMC).²² La aceptación de la membresía de la OMC significa al mismo tiempo la asunción de todos los acuerdos, con la excepción de unos pocos, los Acuerdos comerciales Plurilaterales²³, los cuales han de ser aceptados de forma separada (Art. II, párrafo 3 del Acuerdo sobre la OMC).

Desafortunadamente, hasta ahora no se ha dado una oportunidad histórica, a causa del "*single approach*", favorable a los dispersos acuerdos multilaterales del medio ambiente y tampoco parece que se dé algún día.

Sin embargo, se han ido añadiendo reglas comunes en los ámbitos de la *prestación de servicios*, la protección de la *propiedad intelectual*, la *agricultura* y el *comercio textil*, ámbitos en los cuales parecía poco probable un acuerdo anteriormente.

D. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC

El cambio más crucial frente al anterior Acuerdo del GATT 1947 es que desde ahora se cuenta con el establecimiento de *Órganos* permanentes que se ocuparán de la consecución de los objetivos de la Organización. Desde el punto de vista jurídico, ha de destacarse sobre todo el Acuerdo sobre la *obligatoria resolución de controversias* a través del Entendimiento relativo a la Solución de Controversias (*Dispute Settlement Understanding*).²⁴ En pocas ocasiones los Estados se han encontrado sometidos a un control jurídico tan amplio. No obstante no se puede hablar de una "jurisdicción" propiamente dicha. Las diferencias existentes tanto en el procedimiento de los grupos especiales como en la composición del mismo llevan a que se valoren las controversias de forma diferente. Sin embargo, en la práctica la conciliación de las disputas tiende a devenir en una decisión vinculante del Órgano de Solución de Disputas (*Dispute*

²¹ John H. Jackson, *The World Trading System*, 2. ed., 1997, p. 48 y 49.

²² La OMC constituye en virtud del art. II, párrafo 1 del Acuerdo sobre la OMC sólo el marco institucional común.

²³ El Acuerdo sobre el Aviación Civil de 12.4.1979 (DOCE 1980 L 71/58) y sobre la Contratación Pública de 15.4.1994 (DOCE 1994 L 336/273). Los acuerdos internacionales sobre la producción de leche y carne de vacuno expiraron a finales de 1997; ver Noticias de OMC/78 de 30.9.1997.

²⁴ Contenido en Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997.

Settlement Body). Todas las recomendaciones de los grupos especiales así como aquellas del nuevo Órgano de Apelación (*Appellate Body*), o mejor dicho el Órgano de revisión, serán automáticamente vinculantes a no ser que el Órgano de Solución de Disputas (OSD) decida mediante consenso negativo que las respectivas recomendaciones no han de ser seguidas (art. 16 párr. 4 así como el art. 17 párr. 14 ESD). La consecuencia es que el Estado miembro afectado está obligado jurídicamente a cumplir con las recomendaciones. Suplementariamente, también se prevén posibles compensaciones así como sanciones que ya han sido utilizadas por parte de Estados Unidos en los asuntos *Hormonas*,²⁵ aún sin resolver, y *Plátanos*²⁶. Pudiendo ser especialmente perjudicial, como recientemente manifestaron los productores de trufa franceses de forma enérgica al quedar afectados, aparentemente de forma intencionada, por tales sanciones.²⁷

Los Estados miembros han confiado hasta ahora en el sistema de solución de diferencias de la OMC, promoviendo en los primeros cinco años unos 182 casos. De ellos, 25 fueron decididos de forma completa, y 20 a través de la segunda instancia que constituye el Órgano de Apelación.²⁸

Igualmente que como ya ocurriera bajo el GATT 1947, las medidas comerciales dictadas para *proteger el medio ambiente* también se ponen en tela de juicio. Bajo el GATT 1947, se dieron ya 6 casos,²⁹ entre los cuales los más importantes los constituyeron los asuntos del Atún.

En la OMC son 6 los casos que hasta ahora también implican cuestiones ambientales.³⁰ Y ha de contarse con muchos más casos en el futuro. Entre ellos, el asunto *Camarones*³¹ es central ya que en él se postulan las primeras apreciaciones más importantes e innovadoras, que suponen un punto de inflexión en el campo de relaciones entre la OMC y el medio ambiente.³² A este punto volveremos más adelante.

Bajo los Acuerdos internacionales de medio ambiente con cláusulas restrictivas del comercio no existe un procedimiento de solución de diferencias obligatorio que pueda compararse con el sistema de la OMC. Por consiguiente, los

²⁵ Asunto *Hormonas* (supra nota 12).

²⁶ Cf. con Informe del Órgano de Apelación, AB-1997-3, *Comunidad Europea- Régimen de importación venta y distribución de los Plátanos*, de 9.9.1997, WT/DS27/AB/R.

²⁷ Cf. Agence Europe, núm. 7570 de 11/12.10.1999, p. 14.

²⁸ Cifras de la OMC, hasta el 19.10.1999, <http://www.wto.org/wto/dispute/bulletin.htm>.

²⁹ Symposium de la OMC (supra nota 1), p. 27.

³⁰ Symposium de la OMC (supra nota 1), p. 27.

³¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* de 15.5.1998, WT/DS58/R y el Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1998, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R.

³² Sydney M. Cone, "The Appellate Body, the Protection of Sea Turtles and the Technique of 'Completing the Analysis'", *JWT* 33 (1999) núm. 2, p.51; Arthur E. Appleton, "Shrimp/Turtle: Untangling the Nets", *JIEL* 1999, p. 477; Christian Tietje, "Die völkerrechtliche Kooperationspflicht im Spannungsverhältnis Welthandel/Um-weltschutz und ihre Bedeutung für die europäische Umweltblume", próximamente en *EuR*, p. 5 y ss.

conflictos correspondientes deberán seguir solucionándose en el marco de la OMC.³³

E. Las reglas formales de la prioridad no son ninguna solución para los casos de conflicto

Como ya se indicó con anterioridad, ninguno de los casos puede resolverse mediante la simple *regla de la primacía* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV). Además, especialmente cuando desde el principio es difícil encontrar constelaciones en las cuales todos los Miembros de la OMC sean a su vez miembros de un tratado de protección del medio ambiente que trate el objeto en cuestión. Incluso cuando ambas partes de conflicto estuviesen de acuerdo en renunciar a las obligaciones de la OMC, debido a la relación contractual existente entre sí, en cualquier caso no podrían perjudicar los derechos del resto de los Miembros de la OMC.³⁴

También serían rechazables los intentos de introducir cláusulas generales de prioridad³⁵ en los respectivos textos de la OMC o en los diferentes acuerdos de protección de medio ambiente, las llamadas "*Trumping Clauses*" o las *cláusulas de inmunidad*. Con esto, lo que se hace es decantarse con antelación y desde un principio a favor de una parte. Sin embargo, no constituiría una solución adecuada precisamente en lo concerniente a la relación de la OMC y el medio ambiente. Únicamente una mutua influencia y consideración en la negociación de los respectivos acuerdos puede llevarnos a resultados razonables. Si no se quiere causar daños duraderos en uno o en ambos sistemas, es inevitable realizar una ponderación basada en la idea fundamental de la proporcionalidad.

F. Visión de conjunto

A continuación trataré fundamentalmente las referencias ambientales contenidas en el derecho de la OMC. El propio derecho internacional de protección del medio ambiente será integrado sólo de forma incidental. Tomando el texto del Acuerdo sobre la OMC, en el marco del proceso de solución de diferencias se suscita la siguiente pregunta: ¿cuál es el derecho aplicable en el marco de la OMC? Junto a la reglas de derecho positivo también aparecen las fuentes de derecho no escrito obtenidas tanto del contexto de derecho internacional donde se inserta la OMC, como del derecho internacional de medio ambiente. También han de añadirse los principios generales del derecho que sirven de base al Acuerdo sobre la OMC. Igualmente pueden adquirir importancia

³³ En este sentido también Ernst-Ulrich Petersmann, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, 1995, p. 39.

³⁴ Cf. art. 41 CV.

³⁵ Ver art. 30 párrafo. 2 CV.

los principios generales del derecho de los Miembros de la OMC. Para terminar, unas pocas observaciones sobre la necesidad de reforma y otros aspectos referidos a la relación entre OMC y medio ambiente.

II. REFERENCIAS AMBIENTALES EN EL DERECHO DE LA OMC

A. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC

En el preámbulo del GATT 1947 todavía no se hacía referencia alguna al ámbito ambiental. Al término de la Ronda de Uruguay (1986 -1994), aparentemente en el último minuto, surgió la obligación de introducir tal referencia en el preámbulo del acuerdo constitutivo de la OMC. De esta manera, en un primer plano y junto con el desarrollo de las relaciones comerciales y económicas, se fomentaría la utilización óptima de los recursos mundiales en consonancia con el objetivo de un *desarrollo sostenible*. Será en este sentido en el que se dirija el esfuerzo de alcanzar la protección y conservación del *medio ambiente*, al igual que el incremento de los medios necesarios para ello.

Sin embargo, como se pondrá de manifiesto a continuación, los principios del desarrollo sostenible, así como los del medio ambiente apenas han tenido reflejo en los textos de los sucesivos acuerdos de la OMC. El preámbulo al fin y al cabo se considera como un enunciado programático que se ajusta a los tiempos o como una mera "hoja de parra", por lo que puede ser descartado. Pero al menos, el preámbulo puede proporcionar a los tribunales superiores como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) o incluso el Tribunal Constitucional alemán la utilidad potencial de servir como parámetro de interpretación evolutiva³⁶ o como perfeccionamiento del derecho, utilizado en muchas ocasiones y con una envergadura considerable.

B. El GATT 1994: Art. I, III y XI

Los artículos I, III y XI del GATT 1994 son fundamentales en la relación OMC y medio ambiente. Contienen los principios generales de "nación más favorecida" y "tratamiento nacional", ambas expresiones del principio de no discriminación, así como la prohibición de las restricciones cuantitativas, respectivamente.³⁷

Debido a su importancia innovadora y aclarativa ha de mencionarse en primer lugar la decisión del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, órgano de segunda instancia en el proceso de solución de diferencias de la OMC.

³⁶ Sobre las interpretaciones evolutivas en derecho internacional: Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. ed., 1984, § 782.

³⁷ Cf. Kay Hailbronner/Rainer M. Bierwagen, "Das GATT - Die Magna Charta des Welthandels", *JA* 1988, p. 318, 321; Schmidt/Kahl (ver supra nota 1), marginal 87 y ss.

Se trata del llamado *asunto Camarones*.³⁸ Los Estados Unidos impusieron a todos los pescadores de camarones americanos la aplicación de los TEDs ("*Turtle Excluder Devices*") para pescar, como protección de las tortugas marinas en peligro de extinción. Al mismo tiempo podían decidir restringir las importaciones de camarones de terceros Estados, siempre y cuando no se pudiese probar que estos Estados terceros adoptaban sistemas de protección de iguales *estándares* o por lo menos comparables a los americanos y esto fuera sometido a control. Mientras que en el año 1995 se concluyeron acuerdos recíprocos de protección con algunos Estados de América Central, la Convención Inter-Americana³⁹, esto no fue así con los cuatro Estados de Asia Occidental (India, Paquistán, Malasia y Tailandia) cuyas importaciones se paralizarían por completo en lo sucesivo. Los afectados de cada país serían los pescadores de camarones cuyos Estados no pudieron seguir la correspondiente indicación. Por ejemplo, India estimó que el número de redes de pesca de camarones que no pudieron ser producidas con el equipamiento de TEDs ascendía a 47.000.⁴⁰ Además, ninguno de estos pescadores de camarones podría haberse permitido obtener los TEDs debido a su enorme coste. El desembolso se elevaría por lo menos a casi 30.000 dólares por barco y por año. La palabra TEDs acabaría por significar más tarde "*Trawler Eliminator Devices*".⁴¹

Quedaba por determinar la cuestión de si las barreras a la importación americanas suponían una prohibición a la importación no autorizada y si sería posible justificarla bajo el art. XX del GATT 1994. Finalmente, el Órgano de Apelación se pronunció en contra de la prohibición de importación, lo que dio lugar a diversas protestas en los preludios de la Conferencia de Seattle. Sin embargo lo que se pasó por alto es que en dicha decisión también se establecían una serie de *criterios*, cuyo cumplimiento hubiese permitido a los Estados Unidos imponer una prohibición a la importación para proteger a las tortugas marinas que fuese justificada y ajustada a derecho.

Las medidas restrictivas del comercio han de sopesarse en cualquier caso con las *prescripciones generales de los artículos I, III y XI del GATT*. De esta manera los artículos I y III, las reglas de la Nación más Favorecida y la de Tratamiento Nacional, respectivamente, son expresiones del principio general de no discriminación. ¿Pero, cuándo se puede decir que nos encontramos ante los mismos hechos o ante los mismos productos, los cuales no se puede discriminar? ¿Puede establecerse una diferencia, y por lo tanto un tratamiento desigual, si el proceso de producción del país de exportación sigue diferentes reglas? ¿Qué papel desempeñan entonces los *PPMs* que puedan suponer eventuales procesos y métodos de producción perjudiciales para el medio ambiente? La "jurisprudencia

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, AB-1998-4, *Estados Unidos- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* de 12.10.1998, WT/DS58/AB/R; ver en este sentido las referencias en la nota 32. Cf. Harald Ginzky, "Garnelen und Schildkröten - Zu den umweltpolitischen Handlungsspielräumen der WTO-Mitgliedstaaten", *ZUR* 1999, p. 216.

³⁹ Firmado por Brasil, Costa Rica, México, Nicaragua, Venezuela y los EE.UU., ver el asunto *Camarones* (supra nota 38), fund. 169.

⁴⁰ Asunto *Camarones* (supra nota 38), funds. 174-178.

⁴¹ James Lee, *Trade-related environmental impacts: how much is a dolphin worth?*, in: Duncan Brack (eds.), *Trade and Environment: Conflict or Compatibility?*, 1998, p. 27, 42.

del GATT" y una parte de la doctrina parte básicamente de la idea que las PPMs no han de ser tomadas en cuenta.⁴² Ningún miembro de la OMC puede utilizar unilateralmente sus instrumentos político-comerciales para dictar una serie de restricciones que induzcan directamente a que otros Miembros de la OMC hayan de llegar a un determinado estándar mínimo de protección en su regulación interna ambiental.⁴³ En este sentido, la Comunidad Europea, habría perdido con toda seguridad la disputa sobre la legalidad de las restricciones a las importaciones de pelaje de foca cazadas con cepos, de no haber llegado los Estados interesados, justo a tiempo, a un entendimiento internacional sobre la utilización de dichos cepos.⁴⁴

Pero, ¿qué pasa cuando es el consumidor quien establece diferencias entre los bienes de una determinada categoría de productos por su método de producción y consecuentemente son los métodos de producción los acaba modificando finalmente la demanda?⁴⁵ ¿Y si la distinción causada por el proceso de producción coincide justamente con los requerimientos contenidos en un acuerdo de protección ambiental en vigor y firmado por una de las partes del litigio?⁴⁶ No obstante, parece existir un consenso en considerar que la similitud de los productos no ha de ser trastocada en lo que concierne a la forma del proceso de producción. Por lo tanto, las restricciones comerciales que vayan en este sentido serán ya desde un principio contrarias al GATT. Sin embargo, este telón de fondo del derecho internacional del medio ambiente podría tener su relevancia para constituir una eventual *justificación*. El precepto más importante relativo a las justificaciones lo constituye el art. XX del GATT.

C. Las excepciones ambientales del artículo XX GATT 1994

El art. XX del GATT del 1994 contiene en los supuestos que constituyen las letras (a) hasta (j) un catálogo de ámbitos para cuya protección se pueden adoptar medidas restrictivas del comercio. La protección del medio ambiente no aparece en dicho catálogo, al igual que por cierto, tampoco aparece en su homólogo que constituye el art. 36 del Tratado de la CE (ahora art. 30 TCE), si bien, el TJCE en seguida puso remedio.⁴⁷ Pero ¿sería imprescindible introducir

⁴² Asunto *Atún I* (supra nota 13), párr. 5.11; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Restricciones a la importación de atún*, de 16.6.1994, DS 29/R, I.L.M. 33 (1994), 839 (llamado asunto *Atún II*), no adoptado, párr. 5.8 y ss.; Jackson (supra nota 21), p.236; Ginzky (supra nota 39), p. 217; de otra opinión Gramlich (supra nota 1), p. 146; recogido en Schmidt/Kahl (supra nota 1), marginal 91.

⁴³ COM (96) 54 final de 28.2.1996, p. 22.

⁴⁴ Agreement on International Humane Trapping Estándares entre la CE, Canadá y Rusia de 17.12.1997 (PRES/97/397) y entre CE y USA de 18.12.97 (PRES/97/403); en este sentido Christoph T. Feddersen, "Recent EC Environmental Legislation and its Compatibility with WTO Rules: Free Trade or Animal Welfare Trade?", *EELR* 1998, p. 207.

⁴⁵ Trüeb (supra nota 1), p. 332 y 333.

⁴⁶ Trüeb (supra nota 1), p. 333; Esty (supra nota. 1), p. 51.

⁴⁷ Como consecuencia de la sentencia *Cassis de Dijon* (TJCE, as. 120/78, Rec. 1979 p.649) el TJCE reconoció la protección del medio ambiente como "exigencia imperativa" en el asunto C-302/86, *Comisión/Dinamarca*, Rec.1988 p. 4627.

dicho suplemento en el art. XX o estarían los órganos de solución de diferencias legitimados para proceder a complementarlo a través de su jurisprudencia?

En virtud del *art. XX (b)* pueden adoptarse medidas necesarias "para proteger la salud y la vida de las personas, animales y vegetales". De esta manera se permite que los casos fundamentales de protección del medio ambiente puedan incluirse en el régimen de protección de la OMC, aunque seguramente no todos. El asunto *Camarones* concernía a la segunda norma relevante, el *art. XX (g)*. Este artículo puede justificar medidas incompatibles con el GATT para proteger los recursos naturales agotables. Dentro de estos recursos naturales agotables también se encuentra, en opinión del Órgano de Apelación, los animales en peligro de extinción, como en este caso las tortugas marinas. El Órgano de Apelación se remitió, a dicho efecto, a una serie de tratados de protección del medio ambiente, lo que es de gran importancia para obtener una visión integral de los acuerdos internacionales en los ámbitos comercial y ambiental. El Órgano de Apelación confirmó igualmente su ampliada jurisprudencia en la referencia al principio de desarrollo sostenible en el preámbulo.

Igualmente y con motivo de la interpretación del primer párrafo del art. XX, el llamado *chapeau*, el Órgano de Apelación se refirió al renovado preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. Habida cuenta del contexto de derecho internacional en el que se encuentra inmerso el Acuerdo sobre la OMC, en el cual existen una multiplicidad de tratados internacionales sobre la protección del medio ambiente cuya conclusión se ha acentuado en la actualidad, se ha producido un cambio de la situación. Es necesario realizar una *interpretación evolutiva* de los textos de la OMC. Lo que también es de aplicación al preámbulo que contiene las menciones al desarrollo sostenible y a la protección del medio ambiente.⁴⁸ Todos los Miembros de la OMC tendrían entonces, bajo determinadas condiciones legales, la libertad de acción necesaria para llevar a cabo una política de protección ambiental efectiva.⁴⁹

En definitiva, la sentencia constituye un esquema de las condiciones exigidas a las medidas unilaterales protectoras del medio ambiente, ya se traten de medidas restrictivas del comercio o medidas que excluyan el comercio en el sentido del art. XI del GATT 1994.

D. Esquema de los requisitos legales para las medidas unilaterales de protección

A primera vista son *ocho requisitos* los que se pueden establecer sobre la base de la decisión *Camarones*.

- (1) Las medidas comerciales han de servir para *proteger intereses públicos legítimos*. Esto se cumple sobre todo cuando estos intereses son

⁴⁸ Asunto *Camarones* (supra nota 38), fund. 155.

⁴⁹ Asunto *Camarones* (supra nota 38), fund. 185 y 186.

reconocidos como tales en los Acuerdos internacionales de medio ambiente.

- (2) El principio de la *Consistencia*: las medidas protectoras han de ser válidas de manera consecuente con el ordenamiento jurídico interno del Estado importador. Los ordenamientos jurídicos afectados no han de contener contradicciones internas.
- (3) Las medidas han de poder servir a esta protección de una forma *efectiva*.
- (4) Las medidas han de ser *necesarias*. No puede existir otra medida menos restrictiva que la prohibición de importación que pudiese ser adoptada en su lugar, como pudiera ser el etiquetado, bajo determinadas condiciones. El Grupo Especial en el *asunto de la prohibición tailandesa de importación de cigarrillos*⁵⁰ hizo mención expresa a esta vía. En realidad, por lo general, la regulación sobre etiquetado encuentra rápida aceptación, pero su realización práctica suele presentar cierta problemática, sobre todo cuando el origen de los bienes no pueda ser controlado o registrado de forma clara. En el asunto *Camarones* la prohibición de importación americana resultó ser excesiva ya que exigía que los Estados exportadores en cuestión adoptasen ciertas normas de protección de las tortugas marinas, sin otorgar a tales Estados afectados la posibilidad de adoptar otros sistemas de protección igualmente efectivos.
- (5) El principio de la *cooperación internacional*.⁵¹ Antes de adoptar las medidas unilaterales, al menos ha intentarse de buena fe concluir un acuerdo o establecer una cooperación internacional. Un acuerdo de este tipo fue efectivamente alcanzado por EE.UU. con los países centroamericanos, sin embargo no ocurrió así con los países de Asia oriental, ni siquiera un inicio de acuerdo. Esta exigencia de la cooperación internacional se extrae del principio número 12 de la Declaración de Río y del Programa 21 párr. 2.22 (i),⁵² así como también de una lista de tratados ambientales, como por ejemplo el de la Diversidad Biológica⁵³ (Art. 5) o del Acuerdo para la Protección de las Especies Migratorias.⁵⁴ Además el deber de cooperación internacional se extrae igualmente del derecho consuetudinario internacional.⁵⁵
- (6) *No-discriminación*: todas las medidas han de adecuarse a las diferentes acepciones del principio de no discriminación.⁵⁶ Entre los diferentes países exportadores no deberían establecerse diferencias que no sean razonables.
- (7) *Principios del Estado de derecho y debido proceso*: para que las medidas sean compatibles con el Proceso debido, junto con el tratamiento no

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Restricciones aplicadas a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, adoptado el 7.11.1990, IBDD 37S/200.

⁵¹ Asunto *Camarones* (supra nota 38), fund. 166 y ss.

⁵² La Declaración de Río (supra nota 18) y el Programa 21 (UN Doc.A/CONF.151/4) fueron adoptados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo el 14.6.1992; en este sentido Harald Hohmann, "Ergebnisse des Erdgipfels von Rio", *NVwZ* 1993, p.311.

⁵³ Convención sobre la Biodiversidad, de 22.5.1992, BGBl. 1993 II, p. 1742.

⁵⁴ Acuerdo de 23.6.1979, BGBl. 1984 II, p.571 y ss.

⁵⁵ Tietje (supra nota 32), p.10 y bibliografía allí citada; *allgemein zum völkerrechtlichen Kooperationsgebot* Wolfgang Graf Vitzthum, in: ders. (eds.), *Völkerrecht*, 1997, I marginal 20.

⁵⁶ Asunto *Camarones* (supra nota 38), fund. 150.

discriminatorio, sobre todo es necesario que el procedimiento para otorgar la autorización de importación sea transparente y fundado en pruebas.

- (8) Finalmente, no se admite ninguna medida discriminatoria *arbitraria* ni ninguna restricción al comercio *encubierta*.

De esta exposición de condiciones legales, seguramente incompleta, se obtiene como resultado que las *medidas unilaterales* también podrían estar *autorizadas*, siempre y cuando sean *neutrales al comercio*. Sólo entonces pueden gozar de una mayor eficacia para la protección del medio ambiente.⁵⁷ Si además dichas medidas protectoras del medio ambiente se corresponden con los contenidos de los acuerdos internacionales, por lo general serán aceptadas por el derecho de la OMC. En el Informe de la Secretaría de la OMC de 14 de octubre de 1999 se deja vislumbrar claramente esta conclusión.

No es de extrañar que en la práctica jurisprudencial de los Grupos especiales y del Órgano de Apelación de la OMC hasta hoy día, *ninguna* de las medidas unilaterales para la protección del medio ambiente que han sido controvertidas pudo cumplir con un catálogo de requisitos tan estricto, aunque desde el punto de vista del Estado de derecho no lo sea tanto. Igualmente sucedió en el asunto *Camarones*, a pesar de que la protección del medio ambiente gozaba de un peso sustancial.

En suma, el Órgano de Apelación, ha demostrado que *no* parte de la base de una relación de *regla-excepción* en la medida que se enfrentó de forma bastante cautelosa a las disposiciones de protección del medio ambiente estadounidenses. En realidad, desde un punto de vista formal, la protección al medio ambiente habría de interpretarse restrictivamente por tratarse de una excepción.⁵⁸ Esta relación tan restrictiva de la relación regla-excepción se encuentra en los anteriores informes de los grupos especiales con el GATT 1947,⁵⁹ pero no puede tener vigencia cuando se trata de la protección tanto de intereses públicos de carácter no económico como de otros bienes dignos de protección. Aquí el Órgano de Apelación⁶⁰ logra una relación de *concordancia práctica* y una ponderación importante de todos los intereses en juego.⁶¹

Ha de remarcarse que el Órgano de Apelación en el asunto *Camarones* permitió que por primera vez el procedimiento de solución de diferencias, que en

⁵⁷ Una descripción amplia al respecto en Trüeb (supra nota 1), p. 358.

⁵⁸ Christian Tietje, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung*, 1998, p.311; Jan Klabbers, "Jurisprudence in International Trade Law - Article XX of GATT", *JWT* 26 (1992) núm. 2, p.63, 88; Armin de Bogdandy, "Internationaler Handel und nationaler Umweltschutz: Eine Abgrenzung im Lichte des GATT", *EuZW* 1992, p. 243, 245.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos- Tasa del usuario de aduanas*, adoptado el 2.2.1988, IBDD 35S/245, párr. 8.4; Informe del Grupo Especial, *CEE- Restricciones a la importación de manzanas* - interpuesto por Chile, adoptado el 22.6.1989, IBDD 36S/93, párr. 12.13; asunto *Atún I* (supra nota 13), párr. 5.22.

⁶⁰ En el asunto *Camarones* (supra nota 38) el Órgano de Apelación en los párrafos 156 y ss. se refiere sin embargo a una excepción de las reglas materiales básicas del GATT 1994 restringida y condicionada, pero que requeriría al mismo tiempo una ponderación entre estos bienes jurídicos.

⁶¹ Tietje (supra nota 32), p. 9; Reinhard Quick, *Industry perspective*, en Duncan Brack (eds.), *Trade and Environment: Conflict or Compatibility?*, 1998, p.148.

realidad constituye un foro de negociación exclusivamente interestatal, pudiese *abrirse* a las opiniones de *asociaciones ecologistas* y diversas ONGs, entre otros.⁶² Las partes del litigio pueden adoptar en cualquier momento las correspondientes opiniones en sus alegaciones escritas. El grupo especial, en el ejercicio de sus funciones, y en virtud del art. 13 ESD, tiene derecho a decidir sobre la admisión de las posibles observaciones recibidas que no fueron solicitadas por él. Sin embargo, sigue quedando descartada una gran afluencia de solicitudes provenientes de partes privadas.

Otras disposiciones en el Acuerdo sobre la OMC más allá del GATT 1994, sin embargo, sí se refieren explícitamente a la protección del medio ambiente, aunque cuentan con un peso poco significativos frente a los principios generales del GATT. A continuación me referiré a aquellos ámbitos en los cuales se ha hecho mención expresa a la protección del medio ambiente.

Según el anexo 1 A del Acuerdo por el cual se constituye la OMC, aquellos acuerdos multilaterales especiales que sean posteriores, tendrán primacía sobre las disposiciones generales del GATT 1994. Esta regla de prioridad vinculante es cada vez más criticada y no debería ser tenida en cuenta cuando se trata de principios generales del GATT con vocación de extenderse a otros ámbitos. Tanto la cláusula de no discriminación del GATT 1994 en los artículos I y III, como también la protección de los intereses de los Miembros en el art. XX, deberían tenerse en cuenta también en el marco de los restantes acuerdos multilaterales de la OMC, incluso cuando sus correspondientes textos carezcan de una referencia especial.⁶³ Hasta ahora no existe una "jurisprudencia" sobre esta cuestión tan espinosa y poco común.

E. El Acuerdo sobre barreras técnicas al comercio (Acuerdo BTC): Preámbulo y Art. 2.2

Entre las barreras no tarifarias se encuentran las reglamentaciones técnicas obligatorias dentro del territorio de los Estados miembros y aquellas otras normas no obligatorias desde el punto de vista de la OMC. El Acuerdo BTC permite expresamente las reglamentaciones técnicas no discriminatorias cuya necesidad pueda ser probada y siempre y cuando sirvan para la consecución de objetivos autorizados. Entre ellos se encuentran también, en virtud del art. 2.2 *del Acuerdo BTC*, tanto la *protección del medio ambiente* como la protección de la salud y seguridad de las personas, de los animales y de las plantas. El Acuerdo BTC impone a los Miembros de la OMC la obligación de adoptar las correspondientes reglamentaciones técnicas de las Organizaciones internacionales, a no ser que sea necesario establecer un estándar más elevado, y siempre y cuando se aporten las correspondientes pruebas científicas.

⁶² Asunto *Camarones* (supra nota 38), fund. 102 y ss.

⁶³ Cf. Jackson (supra nota 21), p. 343.

En el marco del Acuerdo BTC hasta ahora *no* se ha podido establecer el *reconocimiento mutuo* de las reglamentaciones técnicas, pero aún así existe una obligación de notificación, lo cual al menos contribuye a sentar las bases mínimas para la consecución de una transparencia.

Es discutible si las *etiquetas ecológicas*, como son el “ángel azul”, la “flor verde” del medio ambiente de la UE,⁶⁴ la “foca gris” americana o cualquier color que comporte idéntico significado, pueden hallar cabida como “normas” en el sentido del art. 4 en conexión con el anexo 1 número 2 del Acuerdo BTC. Lo que es bastante improbable cuando se trata de etiquetados que hacen referencias a los procedimientos de producción,⁶⁵ como por ejemplo en el caso del principio del ciclo vital.⁶⁶ En caso de que se tenga que aplicar el Acuerdo BTC, será aplicado el art. 4.1 en conexión con el anexo 3 sobre el Código de buena conducta en atención a la transparencia y neutralidad comercial.

F. El Acuerdo sobre la aplicación de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF)

El Acuerdo MSF se encuentra en el umbral de la protección ambiental y la protección de la salud, ésta última especialmente referida a la protección de la vida y salud de las personas, animales y vegetales, sin realizar una referencia considerable a la protección del medio ambiente. La disputa transatlántica sobre las *Hormonas*⁶⁷ ha arrojado luz sobre las complejas construcciones de este Acuerdo. Sobre todo se ha podido constatar que algunos Miembros de la OMC, a la hora de la firma del Acuerdo sobre la OMC, pasaron por alto que en virtud de este Acuerdo se comprometían legalmente a tener en cuenta las “normas, directrices o recomendaciones internacionales” (Art. 3.1), aún cuando muchas de éstas aparecieran como reglamentaciones no obligatorias. Parecen ser que las únicas *remisiones* vinculantes son las contenidas en el art. 3.2 del Acuerdo MSF y que se refiere tanto al “*soft law*”, como a los resultados de los trabajos efectuados por la Comisión del *Codex Alimentarius*, de la Oficina Internacional de

⁶⁴ Reglamento (CEE) núm. 880/92 de 23.3.1992 relativo a un sistema común para la adjudicación de una marca ecológica (Umweltzeichens), Amstblatt (ABl.) 1992 L 99/1.

⁶⁵ COM (96) 54 final de 28.2.1996, p.21, 23; Andrew Herrup, Eco-Labels: Benefits Uncertain, Impacts Unclear?, *EELR* 1999, p.144, 150; Bart Driessen, "New Opportunities or Trade Barrier in Disguise? The EC Eco-Labeling Scheme", *EELR* 1999, p. 5, 12.

⁶⁶ A este respecto durante el ciclo general de la vida de un producto desde la elección de las materias primas, a través del proceso de producción y la distribución hasta su eliminación de desechos se lleva a cabo un balance ecológico; *cf.* las citas en la nota 66.

⁶⁷ Asunto *Hormonas* (supra nota 12); en este sentido Gavin Goh/Andreas R. Ziegler, "A Real World Where People Live and Work and Die", *JWT* 32 (1998) núm. 5, p.271; Christine Godt, "Der Bericht des Appallate Body der WTO zum EG-Einfuhrverbot von Hormonfleisch", *EWS* 1998, p.202; Vern R. Walker, "Keeping the WTO from Becoming the "World Trans-science Organization": Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormones Dispute", *Cornell Int'l L.J.* 31 (1998), p.251; Joost Pauwelyn, "The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes", *JIEL* 1999, p.641.

Epizootias, y por las organizaciones internacionales que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección fitosanitaria (art. 3.4). Un tanto forzado fue el empuje a la deslumbrante luz de la vida pública internacional que se dio de los correspondientes trabajos de la Comisión del Codex Alimentarius a través del asunto *Hormonas*.⁶⁸ Desde este momento en adelante se formularán preguntas urgentes sobre la transparencia, legitimación y responsabilidad en estos ámbitos, que hasta ahora quedaban en la oscuridad legal y que en lo general no eran vinculantes.

Según el Acuerdo MSF los Miembros de la OMC pueden introducir reglas más exigentes cuando se puedan presentar pruebas científicas que sirvan de base a tales medidas (art. 3.3). Durante los muchos años que duró la disputa de las Hormonas, la CE buscó de manera febril la prueba que constataste que el suministro de hormonas del crecimiento en la fase de la crianza de ganado vacuno podría producir posteriores efectos perjudiciales en la salud de las personas. Claro que lo que se trataba de conseguir aquí era investigar sobre un riesgo a largo plazo, cuyos efectos no podían reconocerse en periodos cortos de tiempo. Un mero indicio no pudo considerarse en el dicho caso como una alternativa a las pruebas. A la vista de los problemas de fiabilidad que se daban en los correspondientes sistemas de marcas, en realidad bastaría con la sola introducción del término “carne hormonada” en los mercados de consumidores extremadamente sensibles para acabar con el total de las importaciones de carne de vacuno.

Debido a la enorme dificultad y duración de la controversia sobre la carne hormonada, la expectativa sobre el Acuerdo MSF se verá acrecentada muy pronto en dirección a un campo más importante y problemático, que concierne la aplicación de organismos genéticamente modificados. De esta manera parece que sobre las relaciones comerciales se ciernen grandes nubarrones, amenazantes en el horizonte transatlántico. Europeos y americanos ni siquiera se ponen de acuerdo en sí con la sola presencia de organismos genéticamente modificados en un producto, sin tener pruebas alguna sobre su peligrosidad, puede justificar la adopción de medidas comerciales.⁶⁹ Aún así la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Hormonas* ha aclarado considerablemente algunas de los requisitos jurídicos contenidos en el Acuerdo MSF.

H. El Acuerdo sobre Agricultura: anexo 2 sección 12

En los acuerdos multilaterales referentes a los ámbitos de agricultura, que por primera vez se regulan y se adoptan en el marco de la OMC, se permite ciertas

⁶⁸ La Comisión del *Codex Alimentarius* es una organización subordinada a la FAO (*Food and Agricultural Organization*) y a la OMS (*World Health Organization* o *WHO*), que a su vez ambas son también organizaciones especiales de las Naciones Unidas, cf. Meinhard Hilf/Barbara Eggers, "Der WTO-Panel bericht im EG/USA-Hormonstreit", *EuZW* 1997, p. 559, 560.

⁶⁹ Cf. Rudolf Streinz, "Umwelt- und Verbraucherschutz durch den Einkaufskorb - Möglichkeiten und Grenzen der Kennzeichnung neuartiger Lebensmittel", *ZUR* 1999, p. 16, 21.

ayudas estatales, siempre y cuando sean llevadas a cabo dentro de un marco de programas ambientales, los llamados "green boxes".

I. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias: Art. 8.2 letra c)

Igual de breve ha de ser la mención del Acuerdo sobre las subvenciones. Basándose en la conocida "regla de semáforo", se excluyen determinados subsidios en el ámbito ámbar de las subvenciones, que serán aquellas que ni están prohibidas ni están autorizadas sino que son impugnables y que eventualmente podrán ser atacadas mediante contramedidas.⁷⁰ El artículo 8.2 letra c) del Acuerdo cambia la luz del semáforo a verde⁷¹, si tales subsidios se otorgan para promover la adaptación a las nuevas disposiciones ambientales, esto cuando las adaptaciones que las empresas afectadas han de llevar a cabo sean de importante consideración. Se autoriza una única subvención que cubra los costes de adaptación en una cantidad máxima del 20%. El estudio más reciente de la Secretaría de la OMC de fecha de 14 de octubre de 1999 solicita además unos límites adicionales de las subvenciones para el ámbito de la agricultura, pesca y energía.

J. Los Acuerdos ADPIC y AGCS

En los nuevos ámbitos incorporados a la OMC referentes a la prestación de servicios (AGCS) y a la protección de la propiedad intelectual (ADPIC) se hace referencia expresa a los puntos de conexión con el medio ambiente. De esta manera en el *art. 27. 2 ADPIC* se podrán excluir la patentabilidad de una invención si es necesario para, entre otras cosas, proteger la vida o la salud de las personas, animales y vegetales. Como también en virtud del *art. XX (b) GATT 1994*. El *art. 27.2 ADPIC* incluso se refiere adicionalmente a evitar daños graves al medio ambiente.

En el Acuerdo sobre *prestación de servicios* en virtud de la cláusula general del *art. XIV (b)* se podrá restringir el comercio sobre las prestaciones de servicios cuando sea necesario para proteger la salud de personas, animales y vegetales. De forma complementaria se elaboró, al término de la Ronda de Uruguay, una decisión relativa a la relación entre prestación de servicios y el medio ambiente, que en líneas generales contenía el futuro programa de trabajo para aclarar su punto de conexión.⁷² En especial habría de constatarse si más allá de las disposiciones del *art. XIV AGCS* además son necesarias otras reglas en el ámbito

⁷⁰ Recogido en Hyung-Jin Kim, "Reflections on the Green Light Subsidy for Environmental Purposes", *JWT* 33 (1999) núm. 3, p. 167 y ss.

⁷¹ Según el *art. 31* del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el *art. 8* tendrá vigencia sólo 5 años desde la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, por lo tanto, hasta finales del año 1999.

⁷² Texto de Wolfgang Benedek, *Die Welthandelsorganisation (WTO)*, 1998, p. 543.

del medio ambiente. Concretamente, se trataría al menos de los ámbitos de prestación de servicios de gran importancia como son el turismo, la construcción, la arquitectura así como el ámbito de los transportes.

En Seattle debería haberse hablado seriamente, entre otras cosas, sobre el acceso de los países en vías de desarrollo a la tecnología ecológica y prestación de servicios ecológicos.⁷³

K. El *dumping* ecológico y la contratación pública

Para concluir con este recorrido sobre la obra del tratado de la OMC aún nos quedan dos ámbitos de cuestiones problemáticas a los que remitirnos, que sin embargo no aparecen expresamente en los textos.

Parece existir cierta confusión terminológica en lo que se refiere a la discusión sobre el "*dumping ecológico*". El tener unos *estándares* de protección ambiental especialmente bajos puede verse como justificación suficiente para la constitución de hechos de *dumping* en el sentido del art. VI GATT 1994, en relación con el Acuerdo sobre la aplicación⁷⁴ de dicho artículo.⁷⁵ Hasta ahora no se ha dado ningún caso a este respecto. Pero tampoco podrían ser atacados en el marco de la OMC. En primer lugar, debería tratarse de acciones privadas para suponer hechos constitutivos de *dumping*. En segundo lugar, el atenerse a la normativa ambiental por regla general no afecta a la competencia.⁷⁶ Y en tercer lugar, el solo hecho de tener un nivel de protección bajo no tiene nada que ver con la diferencia de precio que se necesita para poder hablar de *dumping*.

Igual de abierta queda la cuestión referente a la protección del medio ambiente en el ámbito de la *contratación pública*⁷⁷. Naturalmente se pueden introducir en las bases del concurso las diferentes exigencias legales de protección del medio ambiente. No obstante sería problemática la denegación por parte de los Estados en otorgar la realización de servicios públicos a aquellas empresas que no alcanzasen los estándares mínimos acordados internacionalmente y contenidos en su legislación ambiental. Un ejemplo que ha devenido en clásico es el que afecta la denegación de servicios a los comerciantes en cuyo surtido de productos se encuentran, entre otros, el paté de hígado de ganso, por considerar que el obligar a los gansos contra su voluntad a engordar su hígado constituye un supuesto de tortura de animales.⁷⁸ Fácilmente puede uno imaginarse otros muchos procesos

⁷³ Comunicación de los Estados Unidos, WT/GC/W/304, de 6.8.1999.

⁷⁴ Texto de Benedek (supra nota 73), p. 243.

⁷⁵ Cf. Robert E. Hudec, "Differences in National Environmental Estándares: The Level-Playing-Field Dimension", 5 *Minnesota Journal of Global Trade* (1996), pp.1, 19; Schmidt/Kahl (supra nota 1), marginal 96.

⁷⁶ Informe de la OMC en versión resumida (supra nota 20), p.6.

⁷⁷ Ver *supra* supra nota 23.

⁷⁸ Cf. en cuanto a este ejemplo con Trüeb (supra nota 1), p.460.

semejantes, los cuales se puede perseguir mediante la imposición de objetivos secundarios en las bases de los concursos.⁷⁹

III. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: ENTENDIMIENTO RELATIVO A LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

A. El derecho aplicable

El control de la aplicación de todos los acuerdos a los que nos hemos referido, así como el Acuerdo General del GATT 1994, están sometidos a un único proceso de solución de controversias según establece el Entendimiento (ESD). No se prevén especificidades en atención a las controversias ambientales, aunque el art. 13 ESD permite a los grupos especiales recabar asesoramiento de un *grupo de expertos*, como ocurrió en el asunto *Hormonas*. Sin embargo, esto no constituye una especialidad exclusiva de los procesos ambientales.

1. Art. 7 ESD: Delimitación de los hechos controvertidos

Aquellos grupos especiales de primera instancia, que en virtud del ESD son establecidos por el Órgano de Solución de Diferencias, tiene el mandato de examinar los asuntos que le son invocados, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la OMC. No obstante han de tener en cuenta un gran número de principios generales no escritos, incluso cuando no se diga expresamente en el propio art. 7 ESD.

2. El contexto de Derecho internacional

A los grupos especiales no se le ha encomendado mandato alguno para que interprete los acuerdos internacionales sobre derecho ambiental. Esto no excluye, sin embargo, que estos acuerdos ambientales se utilicen a la hora de juzgar las medidas comerciales de un Estado que se encuentren en conflicto con las normas de la OMC.

En el primer proceso de solución de controversias en el que tomó parte el Órgano de Apelación, el asunto *Gasolina*, el Órgano de Apelación utilizó una fórmula que se ha hecho famosa: que la OMC "*does not live in clinical*

⁷⁹ Cf. Arie Reich, *International Public Procurement Law*, 1999; próximamente Christoph Benedict, *Sekundärzwecke im Vergaberecht*, 1999.

isolation".⁸⁰ De ahí que a la hora de aplicar las disposiciones de la OMC se ha de tener en cuenta el contexto de derecho internacional en el que se encuentran sumergidas. Esta afirmación es contraria a las anteriores concepciones que presentaban al GATT como un "*self contained regime*". Puede que ya entonces esta última concepción tampoco fuera tan correcta. En cualquier caso, a partir de ahora, con el asunto *Camarones* se ha dejado claro que la OMC sólo puede entenderse en conexión con su contexto de derecho internacional.

Así el Órgano de Apelación en el asunto *Camarones* se refirió, entre otros textos de derecho internacional, a la Declaración de Río y al Programa 21, los cuales expresaban la interpretación común de que el desarrollo económico y la protección del medio ambiente habían de apoyarse mutuamente, o como se dice en el texto original "*should be mutually supportive*"⁸¹. Incluso el Órgano de Apelación en este asunto se remitió al Acuerdo sobre la Diversidad Biológica, al Acuerdo sobre la Protección de Especies salvajes de animales migratorias así como al Acuerdo de Washington sobre Protección de las Especies. También se encuentra mencionado el Tratado sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas así como algunas citas de la amplia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, como por ejemplo las obtenidas del asunto de Namibia.

3. Principios generales del derecho

A través del contexto de derecho internacional así como de los principios generales contenidos en los propios Acuerdos que integran la OMC, el Órgano de Apelación ha conformado una lista de principios no escritos, que en su conjunto deberían dirigir y conducir la interpretación de las reglas de la OMC. Revisando los 20 Informes del Órgano de Apelación que hasta hoy día se han dictado, se puede encontrar la mención de unos 40 principios, según sean numerados o agrupados. Se trata de principios materiales en parte y otros que expresan principios procedimentales.⁸² Incluso algunos de estos principios sirven de base directa de los acuerdos de la OMC. Se trata, entre otros, del principio de la liberalización del comercio, el de no discriminación, respeto a la soberanía así como los de la reciprocidad, el principio de desarrollo sostenible, los principios de cooperación y solidaridad al igual que las exigencias del Estado de derecho, como el debido proceso, y todo esto junto a un gran número de subprincipios⁸³. Estos principios en parte se encuentran contenidos de forma expresa en cada acuerdo. No obstante, el Órgano de Apelación ha ido aún más lejos en algunas de sus

⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, AB-1996-1, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* de 29.4.1996, WT/DS2/AB/R, p.17.

⁸¹ Programa 21 (supra nota 53), párr. 2.3 (b).

⁸² Próximamente Meinhard Hilf, "A Principle-Oriented Approach to WTO Law", *Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG*, 2000.

⁸³ Cf. también Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, p. 221 y ss.; Wolfgang Benedek, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht*, 1990, p.49 y ss.; Tietje (supra nota 59), p. 174 ss.

decisiones al referirse al principio de confianza legítima, a la prohibición de abuso de derecho o a la exigencia de un proceso justo. En concreto también ha hecho referencia a los distintos elementos que contiene *el principio de proporcionalidad*, según el significado jurídico que se le da en Alemania. Lo que queda poco claro es la razón por la cual, después de todo no se hace una referencia expresa al principio de proporcionalidad. Puede que se deba a dificultades dogmáticas aún no hechas públicas. En cualquier caso, se han mencionado una gran cantidad de principios que abren un campo de actuación para el análisis de sus posibles clasificaciones y efectos.

4. Principios del derecho comunes a los Miembros de la OMC

Junto al contexto de derecho internacional, el Órgano de Apelación ha recurrido por primera vez a los principios generales del derecho comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, con motivo de la consecución del principio de la carga de la prueba. Esto podría constituir un punto inicial para tomar en cuenta los diferentes principios ambientales en la jurisprudencia de la OMC. Así el Órgano de Apelación en el asunto *Hormonas* dejó abierta la cuestión de si el *principio de precaución* ha de ser reconocido como un principio general del derecho ambiental o de derecho internacional general.⁸⁴ En un futuro los ordenamientos nacionales de los Miembros de la OMC también pueden construir las fuentes de tales principios.

Al contrario de cómo ocurre en la jurisprudencia de la CE, esta referencia es bastante sorprendente ya que contamos aquí con sistemas jurídicos extremadamente diferentes pertenecientes al mundo entero. En el procedimiento "*Shirts and Blouses*" el Órgano de Apelación dedujo la regla que exigía que la parte reclamante es la que ha de probar los hechos que sirven de base a su pretensión.⁸⁵ Una regla como ésta se encuentra en cada sistema judicial de solución de controversias y también sería tenida en cuenta por los más diversos tribunales internacionales. El Órgano de Apelación se remite incluso a las tradiciones jurídicas europeas continentales y anglosajonas. En el pie de página correspondiente se pueden encontrar referencias a la literatura jurídica inglesa, francesa, italiana y española, aunque no se menciona ninguna fuentes en lengua alemana.

De esta manera , en el marco del proceso de solución de disputas de la OMC podemos contar con *multitud de fuentes del derecho* posibles que han de servir de parámetro interpretativo, ajustado y actual, del derecho de la OMC, que le sitúe en consonancia con el contexto de derecho internacional.

⁸⁴ Asunto *Hormonas* (supra nota 12), fund. 123.

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, AB-1997-1, *Estados Unidos - Medida que afecta a la importación de camisas y blusas de tejido de lana procedentes de la India*, de 25.4.1997, WT/DS33/AB/R, p. 16.

B. La necesidad de reforma

En las normas del Acuerdo sobre la OMC se prevé una futura revisión del procedimiento de solución de diferencias tras pasar cuatro años.⁸⁶ En este sentido ha de hacerse hincapié en tres cuestiones importantes de reciente aparición y que pueden gozar de gran importancia para el derecho ambiental.

1. ¿Cuenta el procedimiento de los grupos especiales con calidad judicial?

Contar con un procedimiento de solución de diferencias, integrado y obligatorio puede ser especial para el derecho internacional;⁸⁷ sin embargo, seguramente ya no resulta suficiente para las exigencias de un moderno Estado de derecho. A este respecto, por ejemplo la elección o el establecimiento de los miembros de los grupos especiales, de primera instancia, queda en gran parte en la oscuridad o es dejado a la elección de las partes en el conflicto. Tampoco se exige una cualificación jurídica de sus miembros. De esta manera, la primera instancia se parece más a un proceso arbitral. Otra cosa parece la constitución del Órgano de Apelación, que cuenta con siete miembros permanentes. Tampoco se exige que los miembros de los grupos especiales tengan conocimientos especiales de derecho ambiental.⁸⁸ Digno de atención es que en ninguna de las dos instancias pueda recaer una sentencia definitiva. Incluso, se habla de "Recomendaciones", que serán confirmadas por el OSD, salvo si se da un consenso negativo de todos los Miembros de la OMC. Tal caso no se ha presentado aún y tampoco parece muy probable que se de en un futuro.

2. El derecho de la OMC no tiene eficacia directa

No se permite el acceso de los particulares al proceso de solución de diferencias. No cabe la invocación directa del derecho de la OMC con motivo de juzgar la legalidad de las restricciones a la importación por razones de protección del medio ambiente cuando se encuentren litigando ante los tribunales nacionales.⁸⁹ Dicha idea es coincidente con las declaraciones de voluntad efectuadas tanto por los Estados Unidos como también por la Comunidad

⁸⁶ Decisión de Ministros para la Ronda de Uruguay para la aplicación de la comprobación de la Compatibilidad sobre las reglas y procesos para la solución de diferencias, Texto de Benedek (supra nota 73), p.555.

⁸⁷ Cf. Ernst-Ulrich Petersmann, "How to promote the international rule of law?", *JIEL* 1998, p. 25, 33 y ss.

⁸⁸ Pero sostenido, entre otros, por Hohmann (supra nota 1), p. 29.

⁸⁹ Cf. Meinhard Hilf, "The Role of National Courts in International Trade Relations", *Mich. J. Int'l L.* 18 (1997), p. 321, 336 y ss; Thomas Cottier/Krista N. Schefer, "The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law", *JIEL* 1998, p. 83 y ss; Carlos Espósito, *La OMC y los particulares*, ed. Dykinson, 1999.

Europea. Ambos expresaron claramente en el acta de aceptación al Acuerdo sobre la OMC la exclusión de la aplicabilidad directa (efecto directo). El TJCE ha confirmado enérgicamente esta exclusión para el GATT 1947⁹⁰, y desde la sentencia de 23.11.1999 también en relación con las normas de la OMC⁹¹. En ella se abandona la justificación dada hasta ahora para negársela al GATT 1947. Ahora el TJCE ha establecido como decisiva la idea de la reciprocidad y la existencia de la posibilidad que el art. 22. 2 del Entendimiento brinda a las partes de la controversia para que puedan llegar a una solución negociada, una vez se encuentren en la fase del cumplimiento, aunque sea de forma provisional. Esta posibilidad que tienen los Estados no debería poder negarse sobre la base del efecto directo de sus normas. Pero tales conclusiones seguramente no modificarán en nada las extendidas exigencias entre determinados juristas y asociaciones ecológicas que abogan por la invocación directa de las normas de la OMC.⁹²

3. No existe vinculación alguna entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional

Como consecuencia de la denegación del efecto directo no existe hasta ahora una necesidad de conexión entre los procedimientos jurisdiccionales de los Estados y el procedimiento de solución de controversias de la OMC.

Además, los Miembros de la OMC también deberían reflexionar sobre las consecuencias que se acarrearían para el ejercicio de la política comercial exterior si en cualquier momento los tribunales nacionales hubieran de juzgar las medidas de política exterior de una forma directa y a partir de las normas tan amplias de la OMC. Por otro lado, parece también algo evidente que los encargados de las negociaciones, precisamente por su naturaleza, no aceptarían dar tal paso de una forma abierta, aún pudiendo ser lo más adecuado desde el punto de vista del Estado de derecho. Ellos mismos son los que se sientan en las mesas negociación de las subsecuentes conferencias. En cualquier caso la cuestión no se ha incluido el orden del día hasta ahora. Pero, las sorpresas no han de quedar excluidas, al igual que pasó con la Ronda de Uruguay.

⁹⁰ TJCE, as. C-280/93, *Alemania/Consejo*, de 5.10.1994, I-4973, marginal 103 y ss.

⁹¹ TJCE, as. C-149/96, *Portugal/Consejo*, de 23.11.1999, marginal 25 y ss., sobre todo marginal 40. V. Meinhard Hilf/ Frank Schorkopf, "WTO und EG: Rechtskonflikte vor den EuGH?", en *EuR* n° 1, 2000, pp. 74-91; Javier Díez-Hochtleiner/Carlos Espósito, "La falta de eficacia directa de los Acuerdos OMC (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en el asunto C-149/96, *Portugal c. Consejo*)", en *Gaceta Jurídica*, n° 206, marzo/abril 2000.

⁹² Werner Schroeder/Martin Selmayr, "Die EG, das GATT und die Vollzugslehre", *JZ* 1998, p.344, 348; Ernst-Ulrich Petersmann, "Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?", *EuZW* 1997, p.325, 327; cf. en contra fundamentalmente Horst Günter Krenzler, en: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (eds.), "Das Recht der Europäischen Union", Teil II, E 1, marginal 63 y ss.

IV. ¿EXISTEN AVANCES SÓLO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA? LOS TRABAJOS DEL COMITÉ SOBRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE DE LA OMC

En una Declaración sobre comercio y desarrollo que acompaña a las normas de la OMC, los Estados parte introdujeron un extenso programa de trabajo para el examen de los ámbitos de conflicto entre ambos campos.⁹³ También acordaron el establecimiento del Comité de Comercio y Medio Ambiente, cuya principal función es determinar cómo realizar ambos intereses comerciales y ambientales, mediante el examen de los diferentes campos de conflicto. En dicha Decisión el Comité presentó diez ámbitos temáticos para los que existían ya numerosos informes.⁹⁴ Estos informes también corroboran lo especificado en aquellos otros aprobados por las organizaciones más importantes de protección al medio ambiente como el Programa para el medio ambiente de las Naciones Unidas (UNEP) o el Comité para el Desarrollo Sostenible (CSD).⁹⁵ En concreto tratan sobre:

- ?? la *relación* de la OMC y los acuerdos internacionales de medio ambiente así como con las políticas comerciales y ambientales nacionales. Se mencionan tanto el impuesto ecológico así como las reglas específicas sobre embalaje, etiquetado y reciclaje;
- ?? las nuevas exigencias para la *transparencia* de las políticas nacionales comerciales y ambientales;
- ?? la relación entre los respectivos *procedimientos de solución de controversias*;
- ?? el significado que las medidas protectoras del medio ambiente tienen sobre la cuestión del acceso al mercado, sobre todo para los *países en vías de desarrollo* más pobres;
- ?? la cuestión de las exportaciones de *bienes prohibidos*, así como
- ?? la relación con las *Organizaciones No Gubernamentales*.

Otros dos ámbitos de materias se encuentran en el campo de la relación de ADPIC y AGCS por un lado y las cuestiones ambientales por otro lado.

Un extenso *documento de base* de la OMC muestra el estado de los trabajos que entretanto se ha realizado en dicho Comité.⁹⁶ Sin embargo la impresión general es que hasta ahora apenas se ha movido algo, salvo el haber entrado en detalle en la identificación de las diversas líneas de conflicto. En este momento, sólo pueden obtenerse *avances* sustanciales a través del seguimiento de la práctica de solución de controversias. Además hemos de estar preparados para que, en una próxima Ronda se presenten apenas puntos conflictivos sustanciales referentes al procedimiento de solución de controversias de la OMC.

⁹³ Declaración de 14.4.1994; Texto de Benedek (supra nota 73), p. 563.

⁹⁴ Informe anual de la CTE, WT/CTE/1 hasta WT/CTE/4.

⁹⁵ *Symposium* de la OMC (supra nota 1), p. 13.

⁹⁶ *Symposium* de la OMC (supra nota 1).

V. CONCLUSIÓN: OMC Y MEDIO AMBIENTE COMO REGÍMENES LEGALES COMPLEMENTARIOS

En los cinco años de su actividad, el Órgano de Apelación ha gozado de una gran *aceptación*, que debería ir más allá del reconocimiento de la actual "jurisprudencia del GATT". Ha de reconocerse que una instancia permanente se encuentra en una posición considerablemente mejor para desarrollar una línea jurisprudencial que un único grupo especial creado *ad hoc*. El estadio jurídico que se ha alcanzado puede sintetizarse actualmente en la idea de una *aceptación mutua y un fortalecimiento del comercio y el medio ambiente*.

La observancia de los estándares internacionales de los acuerdos ambientales ha aportado una mayor apertura en lo que se refiere al marco del *esquema legal* que examina las medidas comerciales de los Estados.

También la OMC reconoce como algo legítimo la necesidad de protección del medio ambiente de los Estados. Por lo pronto, lo único que se exige es que se intente una *cooperación internacional*. La OMC está llamada a interpretar sus textos de forma *evolutiva* y a la luz del correspondiente estado del derecho internacional ambiental. La relación entre la OMC y el medio ambiente no imprime una oposición o lucha "de los unos contra los otros", que acabaría finalmente por extinguir tales objetivos enfrentados, sino una *ponderación equilibrada* según los criterios inherentes al principio de proporcionalidad.

En lo que se refiere a la participación de la *sociedad civil*, el asunto *Camarones* ha agotado claramente las posibilidades que el texto del Entendimiento ofrecía, por lo que una participación más intensa de las asociaciones ecologistas en el procedimiento interestatal del grupo especial ya no hallaría cabida legal. Sin embargo, ha de contarse con una gran presión del público sobre la negociaciones en el marco de la Ronda del Milenio. El público, por lo menos en Europa, pero al parecer ahora también en Estados Unidos, encara las relaciones existentes en los ámbitos del medio ambiente y de la salud de forma cada vez más crítica.

Esto conllevará la necesidad de procurar, por lo menos en lo que se refiere a la tirante relación de la OMC y el medio ambiente, que dicha relación se presente como un apoyo mutuo, con objeto de mantener la legitimación y aceptación de la OMC. No obstante, no es tan fácil, dado que tanto el derecho de la OMC como el derecho internacional del medio ambiente se modifica continuamente.

Volviendo a la imagen del principio, esto también es aplicable a ambas corrientes marinas. Son las mismas corrientes las que quedan, sus nombres no se modifican. Pero en sí mismas no vuelven a ser nunca las mismas que confluyen.