

ROSA MARÍA FERNÁNDEZ EGEA

COMERCIO DE MERCANCÍAS Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA OMC

Prólogo de
Javier Díez-Hochtleiner

CÁTEDRA INTERNACIONAL OMC/INTEGRACIÓN REGIONAL

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	21
AGRADECIMIENTOS	27
ABREVIATURAS	29

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

I. LA DIALÉCTICA ENTRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL LIBRE COMERCIO	33
1. ¿Dos realidades separadas?	33
2. Una relación conflictiva	35
3. La relevancia del medio ambiente en el sistema multilateral de comercio	39
A. De la «ceguera ambiental» en los inicios del GATT a un interés incipiente por el medio ambiente.....	39
B. La creación de la OMC: ¿un cambio de paradigma?	41
C. Perspectivas y desafíos de futuro	50
II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO Y CONTENIDO	51

PARTE PRIMERA

LA INCIDENCIA DE LAS REGLAS OMC EN LA CAPACIDAD REGULATORIA DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD

CAPÍTULO II
LAS REGLAS OMC QUE LIMITAN LA LIBERTAD
DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA ADOPTAR
REGLAMENTACIONES EN MATERIA
DE MEDIO AMBIENTE Y SALUD

I.	PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	57
II.	PROHIBICIÓN DE RESTRICCIONES CUANTITATIVAS A LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN: EL ARTÍCULO XI GATT ...	58
	1. Objeto y alcance del artículo XI	58
	2. El ámbito de aplicación del artículo XI	61
	A. Restricciones a la importación <i>vs.</i> restricciones sobre los productos importados. Delimitación con el artículo III.4 GATT	61
	B. Obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias. Delimitación con los Acuerdos OTC y MSF	64
	3. Las excepciones propias del artículo XI	65
	A. Naturaleza y presupuestos de las excepciones	65
	B. Los supuestos que excepcionan la obligación del artículo XI.	66
	a) Las restricciones o prohibiciones a la exportación para prevenir una escasez aguda de ciertos productos: el artículo XI.2.a)	66
	b) La aplicación de ciertas normas o reglamentaciones nacionales: el artículo XI.2.b)	68
	c) Las restricciones a la importación de determinados productos: el artículo XI .2.c)	69
	C. La prohibición de aplicación discriminatoria de las excepciones: el artículo XIII	71
III.	LA OBLIGACIÓN DE TRATO NACIONAL EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN Y REGLAMENTACIONES INTERIORES: EL ARTÍCULO III GATT	72
	1. Objeto y alcance del artículo III.....	72
	A. El principio general de «no proteccionismo»: el apartado 1 del artículo III.....	72
	B. Las reglas específicas del artículo III	74
	a) Impuestos y otras cargas fiscales: el artículo III.2	74
	b) Las reglamentaciones interiores: el artículo III.4.....	76
	2. Los presupuestos de aplicación del artículo III.....	77
	A. Tres reglas distintas y dos pasos consecutivos	77
	B. Las disyuntivas respecto de los presupuestos.....	78

	<u>Pág.</u>
a) Productos similares y productos directamente competidores	78
b) Discriminación y proteccionismo	80
3. La determinación de la «similitud» de los productos	81
A. Los productos similares y competidores en las reglas del artículo III.....	81
a) Los «productos similares» ante las regulaciones fiscales: la primera frase del artículo III.2	81
b) Los «productos directamente competidores y sustituibles» de la frase segunda del artículo III.2	85
c) Los «productos similares» en las reglamentaciones internas: el artículo III.4 GATT.....	88
B. Consideraciones ambientales en los criterios de similitud ...	93
4. La constatación del trato discriminatorio y proteccionista	96
A. Las prohibiciones en las reglas del artículo III	96
a) Las cargas impositivas superiores: la primera frase del artículo III.2	96
b) La regla de <i>minimis</i> y aplicación no proteccionista: la segunda frase del artículo III.2.....	99
c) El trato no menos favorable en el artículo III.4.....	103
B. Las consideraciones ambientales en los criterios sobre el proteccionismo	108
IV. ¿AMPLIACIÓN DE LAS PROHIBICIONES AL COMERCIO DE MERCANCÍAS EN LOS ACUERDOS OTC Y MSF?	112
1. Otras reglas sobre el comercio de mercancías	112
2. Las reglas sobre los obstáculos técnicos al comercio	113
A. Principales reglas.....	113
B. Acuerdo OTC vs. GATT	115
3. Las reglas sobre las medidas sanitarias y fitosanitarias	118
A. Principales reglas.....	118
B. Acuerdo MSF vs. GATT	120
V. ¿QUÉ TIPO DE RESTRICCIONES AL COMERCIO DE MERCANCÍAS PROHÍBE LA OMC?	122
1. La prohibición del proteccionismo y la discriminación en el GATT.	122
2. El distinto alcance de la libre circulación de mercancías en el GATT y en el TCE	123
A. Discriminación y proteccionismo fiscal: el artículo 90 TCE	123
B. Las medidas prohibidas por el artículo 28 TCE	124

	<u>Pág.</u>
3. Libre circulación de mercancías vs. mercado interior.....	128

CAPÍTULO III

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COMERCIO-MEDIO AMBIENTE: EL ARTÍCULO XX DEL GATT

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	131
II. LOS ELEMENTOS COMUNES A LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO XX.....	132
1. El alcance de las excepciones	132
A. Excepciones frente a todas las obligaciones del GATT	132
B. ¿Interpretación restrictiva de las excepciones?	133
a) <i>Numerus clausus</i>	133
b) La ausencia de fundamento para una interpretación restrictiva de las excepciones.....	133
C. Las excepciones del artículo XX reconocen derechos	136
2. Consideraciones procesales.....	138
A. El proceso del «doble análisis»	138
B. La carga de la prueba.....	140
III. LA CONSERVACIÓN DE RECURSOS NATURALES AGOTA- BLES: APARTADO G) DEL ARTÍCULO XX	142
1. El alcance y estructura del apartado g)	142
A. El ámbito de aplicación	142
a) Ámbito material: recursos fósiles vs. recursos vivos ...	142
b) Ámbito territorial: conservación de recursos fuera del territorio del Estado que adopta la medida pro- tectora.....	146
B. Estructura y requisitos específicos del apartado g)	147
2. Medida «relativa a» la conservación de recursos naturales	148
A. La evolución «jurisprudencial» de la interpretación del requisito «relativa a»	148
a) «Dirigida principalmente a».....	148
b) El test de la eficacia	151
B. Significado: «relación sustancial»	152
3. Aplicación conjunta con restricciones a la producción nacional ...	153

	<u>Pág.</u>
A. Evolución de la interpretación del requisito.....	153
a) «Dirigida principalmente a».....	153
b) El test de la eficacia	154
B. Significado: test de imparcialidad	155
4. La conservación de los recursos naturales agotables: test de adecuación.....	156
IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA Y LA SALUD: APARTADO <i>B</i>) DEL ARTÍCULO XX	157
1. Alcance y estructura	157
A. El ámbito de aplicación	157
a) Ámbito material: ¿medidas sanitarias?	158
b) Ámbito territorial	159
B. Estructura y requisitos específicos del apartado <i>b</i>)	161
2. La protección de la salud y la vida de las personas, animales y vegetales.....	162
A. La determinación del riesgo en el Acuerdo MSF.....	163
a) La base científica	163
b) Las medidas preventivas y provisionales a falta de evidencia científica	167
c) ¿Peso excesivo del test científico?	169
B. La determinación del riesgo en el apartado <i>b</i>) del artículo XX	171
3. La necesidad de la medida	174
A. La evolución de la interpretación del requisito de la necesidad	174
a) El test de la medida menos restrictiva.....	174
b) Ampliación del concepto de necesidad e introducción del balance de factores	178
B. El contenido del requisito de necesidad	180
a) La determinación del nivel de protección	181
b) La adecuación de la medida controvertida.....	185
c) El examen sobre la existencia y adecuación de medidas alternativas menos restrictivas	189
4. La protección de la vida y la salud: test de adecuación reforzado.	193
V. LA PREVENCIÓN DEL ABUSO DE LAS EXCEPCIONES: EL PREÁMBULO	194

	<u>Pág.</u>
1. Alcance y estructura de la cláusula introductoria	194
A. Naturaleza y objeto.....	195
B. Requisitos y examen de la «aplicación» de la medida	196
2. Discriminación arbitraria e injustificable entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones	198
A. Los presupuestos y pasos a seguir	198
B. La aplicación no discriminatoria de la medida.....	199
C. Discriminación «arbitraria e injustificable»	201
a) La evolución de la «jurisprudencia»: primeras aproximaciones	201
b) Catálogo de criterios	204
c) La justificación de la discriminación	208
D. «En los países en los que prevalezcan las mismas condiciones».....	209
E. Significado: ¿test de la medida menos restrictiva?.....	211
3. Restricción encubierta al comercio internacional	214
A. La evolución en la interpretación del requisito	214
a) La prueba de la publicidad y transparencia.....	214
b) Equivalencia con discriminación arbitraria e injustificable	215
B. Significado provisional: intención proteccionista y buena fe.	216
VI. EXCURSO: ¿TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO XX?	218
1. El concepto de «proporcionalidad» en el Derecho comunitario	218
2. Los elementos del test de proporcionalidad en el derecho de la OMC.....	221
A. Los Acuerdos OTC y MSF.....	221
a) El Acuerdo MSF.....	221
b) El Acuerdo OTC.....	223
B. El artículo XX del GATT	224
3. ¿Aplicación del principio estricto de proporcionalidad en el artículo XX en relación con la protección del medio ambiente? ...	225

PARTE SEGUNDA

DEL PARADIGMA LIBERAL AL PARADIGMA ECOLÓGICO: DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

CAPÍTULO IV	
LA COMPATIBILIDAD DE LOS PPM Y LAS MEDIDAS UNILATERALES CON EL DERECHO DE LA OMC	
I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	231
II. CUESTIÓN PREVIA: EFECTOS EXTRATERRITORIALES DE LAS MEDIDAS COMERCIALES CON OBJETIVOS AMBIENTALES	232
1. Los efectos extraterritoriales propios de las medidas comerciales con objetivos ambientales	232
2. La extraterritorialidad en el Derecho internacional general	234
3. La legitimidad de las medidas comerciales para la protección del medio ambiente con efectos extraterritoriales.....	237
A. La evolución en la «jurisprudencia» GATT/OMC	237
a) El rechazo de las medidas con efectos extraterritoriales.....	238
b) La aceptación inconclusa de las medidas con proyección extraterritorial bajo el artículo XX.....	241
B. La extraterritorialidad del objeto de protección: clasificación de las medidas según la localización de los bienes	243
a) La protección de los bienes ambientales territoriales .	244
b) La protección de los bienes ambientales situados fuera del territorio del Estado	246
C. Recapitulación: extraterritorialidad en el GATT	249
III. LAS MEDIDAS UNILATERALES AMBIENTALES	251
1. El concepto de medida unilateral	251
A. Definición: unilateralidad vs. unilateralismo	251
B. Los tipos de unilateralismo ambiental	251
a) Unilateralismo «multilateral»	251
b) ¿Unilateralismo coactivo o unilateralismo creativo e incentivador?.....	253
2. Multilateralismo vs. unilateralismo en la «jurisprudencia» GATT/OMC	254
A. El rechazo al unilateralismo coactivo y extraterritorial	254
B. Los requisitos para la justificación del «unilateralismo» bajo el artículo XX	256
a) El unilateralismo como <i>ultima ratio</i> y los requisitos de las medidas unilaterales.....	256
b) El principio de cooperación y deber de negociación ..	257
3. Extraterritorialidad y unilateralismo: ¿riesgo de coacción?.....	260

	<u>Pág.</u>
A. El unilateralismo como actuación soberana para proteger el medio ambiente	260
a) Diversidad y armonización de estándares ambientales..	260
b) Extraterritorialidad y títulos competenciales	262
B. El unilateralismo como instrumento del poder económico ..	263
a) Influencia vs. coacción	263
b) La problemática Norte-Sur.....	264
c) La responsabilidad común pero diferenciada: medidas positivas	265
IV. LA PROBLEMÁTICA SOBRE LOS PPM	267
1. Las consideraciones previas sobre el concepto de PPM	267
A. La dicotomía «PPM-productos»	267
B. La tipología de PPM.....	268
a) Los PPM con incidencia en las características de los productos.....	269
b) Los PPM sin incidencia en las características de los productos	271
C. La justificación teórica del rechazo a las reglamentaciones sobre PPM.....	273
2. La distinción «PPM-producto» en la «jurisprudencia» GATT/OMC.	275
A. El origen de la distinción en la «jurisprudencia» GATT/OMC.	276
B. Las manifestaciones de la distinción PPM-producto.....	277
a) La aplicación del artículo XI frente al artículo III	278
b) La vulneración del artículo III.4	281
c) La distinción PPM-producto como criterio para negar la justificación de una medida bajo el artículo XX.....	287
C. Garantías frente al abuso de los PPM.....	289
a) La necesidad de un nexo entre el producto y el perjuicio: el problema de las sanciones ambientales.....	289
b) La necesidad de tener en cuenta la situación de los países afectados.....	290
c) Los PPM morales y el etiquetado.....	290
3. La extraterritorialidad y los PPM: ¿un falso debate?	292

CAPÍTULO V

HACIA LA ECOLOGIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL COMERCIAL

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	295
---------------------------------------	-----

	Pág.
II. EL PAPEL QUE CORRESPONDE A LA OMC EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	296
1. La necesidad de avanzar hacia el paradigma ecológico en el derecho internacional comercial	296
2. La función de la OMC en la protección del medio ambiente	298
A. Dos funciones posibles: protección activa y protección pasiva del medio ambiente	299
B. La OMC como foro de protección pasivo	301
3. Los elementos que favorecen el cambio de paradigma en la OMC.....	303
A. El desarrollo sostenible como objetivo de la OMC.....	303
B. El activismo judicial del Órgano de Apelación	306
III. ¿ES POSIBLE INTEGRAR EL DIMA EN LA OMC? LA POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO DE LA OMC.....	309
1. ¿Es el derecho de la OMC un ordenamiento autónomo?.....	309
A. Ordenamiento autónomo	310
B. ... pero abierto	312
C. Competencia limitada vs. Derecho aplicable.....	314
2. El Derecho aplicable en la solución de las diferencias comerciales.....	317
A. El Derecho de la OMC	317
a) Las fuentes del Derecho «internas» de la OMC	317
b) El valor de la «jurisprudencia» GATT/OMC	318
B. El Derecho internacional «externo» a la OMC considerado en la jurisprudencia GATT/OMC	322
a) El Derecho externo que se incorpora al Derecho de la OMC por referencia	322
b) El Derecho internacional general	323
c) El Derecho ambiental internacional: especial mención al principio de precaución	326
IV. HACIA UNA MAYOR INTEGRACIÓN DEL DIMA EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO.....	332
1. La aplicación <i>sensu stricto</i> del DIMA	332
A. La incorporación en la norma comercial. Especial mención a los Acuerdos MSF y OTC	332
a) Las normas y directrices internacionales en materia sanitaria y fitosanitaria	333

	<u>Pág.</u>
b) Las normas y directrices internacionales de carácter técnico	335
c) ¿La armonización internacional como límite a la protección del medio ambiente? El ejemplo del Derecho comunitario europeo	337
B. ¿La aplicación sin referencia?	340
a) La posibilidad de aplicación directa del Derecho externo: función defensiva	340
b) ¿Límites a la aplicación directa del Derecho externo?..	341
c) La aplicación directa como recurso de <i>ultima ratio</i>	342
2. El papel hermenéutico del DIMA	344
A. Las reglas sobre interpretación de los tratados y el papel del DIMA en la «jurisprudencia» GATT/OMC.....	345
a) La interpretación evolutiva de los acuerdos comerciales	346
b) La integración sistémica del DIMA	348
c) ¿Interpretación del Derecho o creación del Derecho?...	349
B. Los límites a la utilización del Derecho ambiental para interpretar normas comerciales	352
a) La prohibición de interpretación <i>contra legem</i>	353
b) AMUMA de los que no son partes todos los miembros de la OMC	353
3. El DIMA en su papel probatorio	357
A. El papel legitimador	357
B. ¿Límites a la alegación del DIMA en su papel probatorio?...	359
a) El nivel de aceptación de la norma considerada	360
b) El grado de cobertura de la reglamentación nacional ..	361
V. EXCURSO: AMUMA VS. OMC: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA.....	365
1. Problemas que plantea la relación conflictiva AMUMA vs. OMC.....	366
A. Los AMUMA que contienen medidas comerciales.....	366
B. ¿Conflicto de jurisdicciones?	371
C. Las reglas de conflicto y prevalencia según el Derecho internacional	374
a) Las cláusulas de compatibilidad y prevalencia	374
b) La regla <i>lex posterior</i>	375
c) La regla <i>lex specialis</i>	376
D. ¿Necesidad de resolver el conflicto?.....	377

	<u>Pág.</u>
2. Posibilidades y propuestas de solución a los conflictos AMU-MA-OMC en el marco de la OMC	379
A. Las medidas de carácter preventivo	380
B. ¿Soluciones <i>ex ante</i> o <i>ex post</i> ?	381
C. Algunas propuestas de interés	383
a) La enmienda del artículo XX GATT	383
b) Un entendimiento sobre la aplicación del artículo XX.	385
c) La exención o <i>waiver</i>	386
 CONSIDERACIONES FINALES 	
I. PRINCIPALES CONCLUSIONES	389
II. ALGUNAS PROPUESTAS QUE FAVORECEN LA ECOLOGIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL DE LA OMC	394
ÍNDICE DE CASOS JURISPRUDENCIALES Y DOCUMENTOS CITADOS	397
RELACIÓN DE AUTORES CITADOS	409
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA SOBRE COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE	415

PRÓLOGO

¡Por fin! Tiene usted entre sus manos un trabajo de investigación al que Rosa Fernández Egea ha dedicado mucho tiempo y esfuerzo. Mucho tiempo en las bibliotecas de la UAM y de la Universidad de Hamburgo, así como en la sede de la OMC en Ginebra. Y mucho esfuerzo no sólo por la evidente dificultad que presenta su objeto —la compatibilidad con las reglas del GATT de las reglamentaciones nacionales que imponen restricciones al comercio por motivos ambientales— sino, sobre todo, por el innegable rigor con que lo aborda. Quienes conocen a Rosa saben de su compromiso con la defensa del medio ambiente. Pero también saben de una férrea vocación universitaria que le lleva a ser exigente con su discurso y con sus razones. Las (excesivas) dificultades a las que ha tenido que hacer frente —como cualquier joven en la actualidad— para seguir su vocación (que ni siquiera ha hecho flaquear alguna que otra tentadora oferta profesional) han forjado una investigadora fiable y una jurista que no se deja arrastrar por la senda del verbo fácil.

La Ronda Uruguay no se hizo eco de las demandas a favor de «ecologizar el GATT». Apenas una mención al medio ambiente en el preámbulo del Acuerdo por el que se crea la OMC, así como en algunos de sus Acuerdos anexos. Partiendo de este dato y de un cierto conocimiento —siquiera básico— de las reglas del GATT y de la jurisprudencia anterior al nacimiento de la OMC, el lector puede sentirse tentado de cerrar la obra en este instante, pues sabe que su desenlace no es prometedor desde el punto de vista de las exigencias medioambientales. La autora también conocía el riesgo que corría desde el comienzo de su investigación, pero se dispuso a estudiar a fondo el sistema de la OMC, con el propósito de descubrir en él cualquier resquicio que permitiera

la defensa (rigurosa) de una lectura de sus reglas compatible con el objetivo (prioritario) de avanzar hacia un modelo de desarrollo sostenible.

El método que sigue me parece impecable. Así, en una primera parte, estudia minuciosamente las reglas del GATT —así como de los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)— que inciden en la capacidad regulatoria de los Estados en materia de medio ambiente y salud a la luz de la jurisprudencia GATT y OMC, ponderando (con medida) los aciertos y desaciertos de dicha jurisprudencia, cuyos fundamentos no cuestiona a priori de forma global. Y seguidamente —en la segunda parte del trabajo—, ofrece sólidos argumentos para seguir avanzando en la línea de apertura hacia una mayor sensibilidad ambiental que ofrecen algunos pronunciamientos del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, partiendo de tres premisas (cuyo fundamento demostraré): i) que el carácter unilateral de una medida protectora del medio ambiente no determina per se su ilegalidad bajo el GATT; ii) que las reglamentaciones nacionales relativas a los procesos y métodos de producción (PPM) merecen el mismo tratamiento en el marco del GATT que las referidas a las características de los productos, debiendo en consecuencia considerarse prohibidas únicamente si resultan discriminatorias o proteccionistas; y iii) que el Derecho de la OMC no constituye un sistema normativo cerrado, por lo que no puede dar la espalda al Derecho internacional del medio ambiente. Vayamos por partes.

En lo que hace a la primera, la autora comienza (capítulo II) analizando en profundidad las prohibiciones contenidas —por este orden— en los artículos XI y III del GATT, esto es: por una parte, la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y, por otra, la prohibición de imponer cargas fiscales discriminatorias o proteccionistas y de otorgar a los productos procedentes de otra parte un trato menos favorable que a los nacionales. Por lo que se refiere a la regla del artículo XI, no puede sino admitir que, tanto por su alcance incondicional y absoluto como por el tenor de sus excepciones, ofrece escaso margen para la adopción de medidas restrictivas del comercio por motivos ambientales. En cuanto a la segunda regla, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia (atenta a la aplicación de criterios esencialmente comerciales y de mercado) de los presupuestos que determinan su aplicación —que estemos ante productos similares o competidores y que las medidas sean discriminatorias o proteccionistas—, la profesora Fernández Egea evidencia que —en la forma en que dichos presupuestos son actualmente interpretados— difícilmente permite tener presente consideraciones ambientales básicas. Sin embargo, ¿acaso no resulta aberrante, por ejemplo, considerar que los efectos perjudiciales para el medio ambiente causados durante la producción de un bien o su carác-

ter tóxico no deben ser considerados como un criterio determinante para romper la similitud entre dos productos? No le falta además razón a la autora cuando afirma —tras comparar oportunamente las referidas reglas del GATT con las que contienen los artículos 28 y 90 del Tratado CE (poniendo de relieve las diferencias estructurales entre la OMC y la Unión Europea)— que, a diferencia de la Comunidad Europea, el GATT debería reconocer plena libertad a los Estados en la definición de sus políticas ambientales y de salud, con el único límite de que no adopten medidas discriminatorias o que protejan la producción nacional. Y es que, en efecto, el sistema de la OMC no persigue (en realidad) garantizar el acceso al mercado de los productos importados, sino que los intercambios de mercancías se realicen sobre una base no discriminatoria y no proteccionista.

*La puerta a una cierta esperanza se abre en el capítulo siguiente (el III) con el análisis del artículo XX del GATT, en particular de las excepciones relativas a las medidas dirigidas a la conservación de los recursos naturales agotables [apartado g)] y que resultan necesarias para la protección de la vida y la salud de las personas, animales y plantas [apartado b)]. A ello contribuye la última jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias, que flexibiliza los requisitos establecidos en dichos apartados y aporta mayor coherencia en la aplicación de las exigencias adicionales que, respecto de todas las excepciones del precepto, contempla su parte introductoria (que la medida no se aplique de forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en los que se den las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio). No obstante, y a pesar de una cierta evolución jurisprudencial favorable a la protección del medio ambiente, la autora advierte que los pronunciamientos de los paneles siguen una orientación muy comercial, que dificulta enormemente la justificación de medidas de carácter ambiental. Especialmente interesante me parecen por ello sus reflexiones acerca del balance de intereses que deben realizar al aplicar los requisitos previstos en el *châpeau* del artículo XX. A este respecto sostiene que debe descartarse la tentación —en la que en ocasiones parece haber caído la jurisprudencia— de no limitarse a tomar en consideración los diferentes intereses en juego y a constatar que la medida cumple con el «test de medida menos restrictiva», sino de considerar incluso si es proporcional *sensu stricto*, esto es: que los costes que impone para alcanzar el fin perseguido no son excesivos en relación con los beneficios que aporta. En definitiva, estima (con fundamento) que, a diferencia de lo que ocurre en la Comunidad Europea —cuyo Tribunal de Justicia se decanta por un «test de proporcionalidad» en sentido estricto—, en el ámbito de la OMC no cabe cuestionar el nivel de protección ambiental establecido por los Estados, al carecer la organización de competencias que trasciendan el ámbito comercial.*

Entramos así en la segunda parte del libro, sin duda la que más interés suscitará en el lector y la que mayores aportaciones realiza. En su primer capítulo (el IV) la Dra. Fernández Egea centra su análisis en dos tipos de medidas nacionales que la jurisprudencia GATT/OMC ha considerado especialmente problemáticas y que, sin embargo, resultan singularmente relevantes desde la perspectiva de la preservación del medio ambiente. Se trata, como ya adelantamos al comienzo de este prólogo, de las reglamentaciones que imponen a los operadores extranjeros determinados estándares de protección y las que guardan relación con los PPM. Dado que la jurisprudencia ha puesto el énfasis en sus efectos extraterritoriales a la hora de analizar su compatibilidad con el sistema de la OMC, la autora inicia el capítulo examinando el alcance de tales efectos y su posible justificación en Derecho internacional, distinguiendo según que los bienes ambientales en juego sean territoriales, comunes, globales o extranjeros. Tratándose de bienes comunes y globales, en la medida en que presenten vínculos con el Estado (nexo territorial) o que su protección constituya el objeto de reglas internacionales, en particular, de reglas consagradas convencionalmente, no hay razón para entender que la medida estatal (aun en los supuestos de «unilateralismo multilateral») no pueda justificarse con arreglo al artículo XX del GATT, siempre que el Estado no actúe de forma arbitraria o discriminatoria. Sin embargo, conocedora de los recelos de la jurisprudencia en la materia, la autora advierte que —para que una reglamentación unilateral sea considerada por el Órgano de Solución de Diferencias conforme al artículo XX— deberá presentarse como ultima ratio (una vez realizados los esfuerzos necesarios para lograr un acuerdo con los demás Estados afectados) e ir acompañada de medidas compensatorias o positivas en relación con los países en desarrollo (pues de otro modo quedarían en situación de desventaja). No creo que ningún panel pueda refutar seriamente este planteamiento. Pero estimo que es necesario que medie siempre un título competencial legítimo conforme a Derecho internacional. Otra cosa es que, tratándose de bienes ambientales globales respecto de los cuales exista consenso internacional sobre la necesidad de su protección, quepa entender que, en todo caso, está en juego un título competencial legítimo: ¿el principio de universalidad?

En cuanto a las reglamentaciones sobre PPM —en particular las relativas a PPM que no dejan huella en el producto—, la profesora Fernández Egea resulta convincente defendiendo que no está justificado su tratamiento diferenciado respecto de las reglamentaciones sobre características de los productos y, en particular, que no basta a tal efecto con alegar los efectos extraterritoriales que producen (efectos que no son necesariamente distintos de los que cabe predicar de las segundas reglamentaciones referidas). No obstante, admite que su consideración bajo las excepciones del artículo XX debe llevarse con cau-

tela —no puede ignorarse la tentación de emplearlas como armas comerciales—, haciendo hincapié —a la luz de la jurisprudencia— en la necesidad de que exista un nexo suficiente entre el perjuicio ambiental considerado y la mercancía objeto de la restricción comercial, así como de tener en cuenta la situación de los terceros países afectados.

En el último capítulo, la autora da un paso más, sosteniendo que la OMC debe configurarse como un foro de protección pasiva del medio ambiente en el que el Órgano de Solución de Diferencias no puede ser ajeno al Derecho internacional ambiental (como por lo demás ha puesto de relieve su jurisprudencia, en particular diversos pronunciamientos del Órgano de Apelación). Su tesis parte de la constatación de que, aun cuando el Derecho de la OMC se presenta como un ordenamiento autónomo, no cabe considerarlo cerrado al resto del ordenamiento internacional. Y así, sostiene que el Derecho internacional ambiental resulta de aplicación en las diferencias comerciales no sólo cuando un Acuerdo «abarcado» incorpora por referencia normas, reglas, recomendaciones o estándares internacionales (caso de los Acuerdos MSF y OTC), sino igualmente a la hora de considerar la vulneración de una norma comercial y, sobre todo, de interpretar las propias reglas de la OMC (particularmente en el marco de las excepciones del artículo XX del GATT). También demuestra la relevancia del Derecho internacional ambiental en su papel probatorio de hechos alegados ante el Órgano de Solución de Diferencias. El capítulo se cierra con unas oportunas reflexiones sobre los posibles conflictos entre las disposiciones contenidas en los acuerdos de la OMC y en los tratados internacionales sobre medio ambiente (ANUMA), en las que concluye sobre la necesidad de articular mecanismos que los eviten o faciliten su solución, incluida la posibilidad de enmendar el artículo XX del GATT, de adoptar un entendimiento sobre este precepto que favorezca la toma en consideración de los ANUMA o de establecer un waiver en favor de las medidas estatales de aplicación de éstos. A estas propuestas añade la necesidad de algunas reformas institucionales (que cabría incluso calificar de menores), así como de reforzar la cooperación entre la Secretaría de la OMC y de los ANUMA.

Me siento satisfecho de prologar este libro, una versión reducida de la tesis doctoral que la profesora Fernández Egea defendió en enero de 2007 ante un tribunal presidido por el profesor Antonio Remiro Brotóns e integrado por reconocidos expertos en Derecho del comercio internacional: los profesores Jorge Cardona Llorens, Stefan Oeter, Manuel López Escudero y Luis Pérez-Prat Durbán. Su elaboración fue ardua (exigía un conocimiento profundo del sistema de la OMC y del Derecho internacional del medio ambiente, así como un dominio pleno de la jurisprudencia GATT y OMC y de una bibliografía ingente), su dirección completa para mí (ignorante de la materia) y su materialización

costosa en términos personales (becas y largas estancias en el extranjero). El esfuerzo de la doctoranda y los méritos del trabajo fueron sin embargo ampliamente reconocidos por el Tribunal, que le otorgó la máxima calificación, y hoy alumbran una monografía (a mi juicio) excelente. Al final tuvo razón Rosa: malgrés tout, merecía la pena. Espero que el futuro le depare otras muchas satisfacciones universitarias, que la madurez intelectual que ya ha alcanzado le anime a seguir haciendo frente con valentía a todos los desafíos académicos que tiene por delante, que prosiga, con el mismo tesón que ha demostrado hasta ahora, una labor investigadora de la que este libro no es (ni mucho menos) el único fruto... y que yo y el resto de compañeros del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid sigamos contando con su apoyo y disfrutando, con ella, de nuestro quehacer en nuestra querida UAM.

Javier Díez-Hochleitner
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Autónoma de Madrid

AGRADECIMIENTOS

Ante ti se encuentra la monografía fruto de la tesis doctoral que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el 26 de enero de 2007 y por la que la comisión integrada por los profesores Antonio Remiro Brotóns, Jorge Cardona Llorens, Stefan Oeter, Manuel López Escudero y Luis Pérez-Prat Durbán me concedió la nota de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. A todos ellos les doy las gracias por las apreciaciones y sugerencias que en su día me transmitieron y que indudablemente sirvieron para enriquecer la presente obra.

Deseo manifestar de forma especial mi sincera gratitud a mi director de tesis, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, que desde un primer momento me dedicó su tiempo con gran generosidad. Con exigencia y rigor, pero también con mucho cariño, Javier Díez-Hochleitner ha sabido transmitirme enseñanzas que me han sido de enorme utilidad en mi trayectoria investigadora y docente y que, estoy segura, me acompañarán toda la vida. Su buen hacer y dirección son un sello de calidad que me cabe el honor haber recibido y por el cual le estoy muy agradecida.

Sin la inspiración y el apoyo que he encontrado en mis compañeras y compañeros del Área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de más allá, esta tesis no hubiera sido posible. He tenido la inmensa suerte de poder formar parte del equipo de trabajo e investigación que tan bien funciona bajo la dirección de Antonio Remiro Brotóns. Además de su impagable maestría, a Antonio Remiro le agradezco su trato siempre cordial y cercano, sus posicionamientos críticos y valientes, así como su compromiso ejemplarizador con la Universidad y con la libertad. A Carlos Espósito le debo la elección del tema de la presente monografía, el constante

impulso en su realización y la posibilidad de publicarla en esta magnífica colección que él dirige. Muchas gracias también a mis compañeras Cristina Izquierdo, Soledad Torrecuadrada, Carmen Martínez Capdevila y, especialmente, a Irene Blázquez, por su profesionalidad y sus consejos, por sus cariños y ánimos en el día a día de mi formación académica y docente.

A mis amigas y amigos de la Facultad de Derecho de la UAM (Susana Espada, Andrea Macía, Carmen Crespo, Maravillas Espín, Mario Maraver, Eduardo Melero, Francisco Ruiz-Risueño, Isabel Giménez...), de ahora y de siempre (Bárbara Herrero, Esther López Barrero, Francesco Síndico, Sira Montero, Jorge Cancio, Abraham Sanz, Arantxa Gutiérrez, Nuria Alborch...), y de mi otro *Heimat*, Alemania (Gilberto Moreno, Rudolf Hömberg, David Hoessl, Markus Gehring, Kai Classen, Esther Sabokat, Marwan y Binke Hamdan, Petja Moll, José Ayesterán...), quiero agradecer las constantes y continuas muestras de afecto y aliento en las diferentes etapas de este largo y arduo camino doctoral.

Con especial gratitud, he de mencionar las becas que me fueron concedidas por el Ministerio de Educación y Ciencia y por el programa conjunto de la DAAD y la Caixa que supusieron un apoyo económico importante y necesario para llevar a cabo mi investigación doctoral. Estas becas me permitieron igualmente realizar estancias en el extranjero muy enriquecedoras para mi obra y que me dieron la oportunidad de conocer un buen número de personas que influyeron en mi trabajo doctoral muy positivamente. En primer lugar, a los profesores Meinhard Hilf y Stefan Oeter de la Universidad de Hamburgo agradezco sus comentarios a mi trabajo y su tutela durante mis numerosas estancias en dicha Universidad. A Gabrielle Marceau, Maria Pereyra y Fermín Alcobá, funcionarios de la OMC, también tengo que agradecer su ayuda y disponibilidad para discutir cuestiones importantes de mi investigación durante mis estancias en Ginebra. Evelyn Eck, de la Universidad de Hamburgo, Ravindranath Morarjee (Sudesh) y Luigi Stendardo de la Biblioteca de la OMC, además de su apoyo material para la realización de la tesis, me han brindado su amistad a lo largo de estos años.

He dejado en último lugar de estos agradecimientos (pero primero en mi corazón) las palabras de gratitud a mi familia, y entre ellos, a mis seres más queridos y pilares fundamentales, a quienes dedico este libro: mis padres Donato y Mónica, mi hermana Jero y mi pareja (de hecho) Emu, por su paciencia, su apoyo y amor incondicional. Gracias. *Danke. Sat Nam.*