

Julio A. García López*

LAS NUEVAS CARAS DEL PROTECCIONISMO: LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES COMO OBSTÁCULOS AL COMERCIO

Las notorias diferencias en el grado de rigor y en la efectividad práctica de las normas fiscales, laborales, medioambientales, sanitarias, etcétera, aplicables en los diferentes países, se constituyen en una fuente muy importante de posibles restricciones al comercio, no siempre amparables por el artículo XX del GATT y que han dado lugar a multitud de contenciosos. La única solución satisfactoria a este dilema está en la armonización internacional de las citadas normas, lo que en definitiva conduciría a un proceso de «integración positiva» de los mercados, semejante al que ha tenido lugar en la Unión Europea. Sin embargo, es muy dudoso que la OMC esté preparada institucionalmente para acoger e impulsar dicho proceso.

Palabras clave: GATT, OMC, integración económica, proteccionismo, barreras comerciales, armonización normativa.

Clasificación JEL: F02, F13, F15, K00.

«Protectionism has a miraculous ability to shape-shift, or at least an endless ability to exploit new issues to insinuate itself afresh into the public policy debate»

(Financial Times, Editorial Comment, 3-1-2008)

1. La diversidad normativa como pretexto para el nuevo proteccionismo

Si hay un fenómeno económico que caracterice nuestra época es, sin duda, la denominada globalización. En

nuestra exposición, por globalización entenderemos básicamente integración, pero en el sentido de desaparición de fronteras económicas. No es la integración de los pueblos en su sentido cultural y social la que aquí nos interesa, sino la integración económica de los mercados nacionales en un gran mercado global. Es preciso advertir que este proceso de integración no tiene nada de nuevo: en los cincuenta años anteriores a la Primera Guerra Mundial, los flujos transfronterizos de mercancías, capitales y personas no eran menores que los que presenciemos hoy en día. No obstante, existen diferencias esenciales entre el proceso globalizador decimonónico y el proceso actual de integración de las economías nacionales en la economía internacional. Los factores fundamen-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Complutense de Madrid.

tales detrás del primero de estos procesos fueron el desarrollo tecnológico en el transporte ferroviario y marítimo y la revolución en las telecomunicaciones, que acabaron con las barreras naturales que compartimentaban los mercados nacionales. Obviamente, el ritmo de cambio tecnológico en el transporte internacional, con la consiguiente reducción de costes, no ha hecho más que acelerarse desde entonces.

Pero no es en la reducción de los costes en transporte y comunicaciones donde hemos de buscar la diferencia esencial entre los procesos de integración económica del Siglo XIX y la actual globalización. Esa diferencia reside en el grado de intervención gubernamental para la eliminación de las barreras a los intercambios, resultado de medidas proteccionistas estatales. Si los gobiernos liberales del Siglo XIX se limitaban a garantizar un marco jurídico para el respeto de los derechos de propiedad, absteniéndose por lo general de intervenciones directas en el mercado, los gobiernos actuales hacen gala de un prurito intervencionista expresado en todo un conjunto de normas reguladoras del mercado, pero también en el progresivo desmantelamiento de las medidas proteccionistas que infectaron la economía mundial de entreguerras hasta precipitar la Segunda Guerra Mundial.

Cabe hablar así de una tendencia inequívoca desde hace más de 50 años a la progresiva desaparición de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio de bienes y servicios, así como a la eliminación de las trabas a la libre circulación de capitales. Y este fenómeno es resultado de la acción gubernamental, no del cambio tecnológico: «... el cambio actual más espectacular se concreta en el grado de intervención de los gobiernos para reducir los obstáculos al desarrollo del comercio y las inversiones internacionales»¹.

Por globalización en el sentido económico nos referimos a la integración de las economías nacionales en la economía mundial mediante el comercio de bienes y

servicios, la inversión extranjera directa, los flujos de capital a corto plazo, los flujos de trabajadores y los flujos tecnológicos. Esa progresiva integración se fundamenta en la también progresiva eliminación de obstáculos a los intercambios por los diferentes gobiernos estatales, bien de modo unilateral, bilateral o multilateral. Y sus principales efectos han sido la transnacionalización de la producción de bienes y servicios por las empresas multinacionales, que deciden dónde y cómo producir un bien o prestar un servicio; la completa integración de los mercados financieros nacionales en un gran mercado financiero global, y la progresiva convergencia tecnológica, especialmente entre los países de la OCDE.

El incremento exponencial de los intercambios transfronterizos de bienes, servicios y capitales ha tenido efectos radicales sobre el entorno competitivo en que operan las empresas actualmente. En las últimas décadas del pasado siglo², se produjo un tremendo aumento del grado en que las empresas se encuentran expuestas a la competencia internacional. A la progresiva constitución de un mercado global correspondió el desencañamiento de fuerzas competitivas a un nivel hasta ahora desconocido: a un mercado global corresponde una competencia también global. Hace tan sólo unas décadas, una empresa se encontraba parapetada frente a la competencia externa por toda una serie de circunstancias que la permitían gozar de costes de producción inferiores a los de sus competidores, otorgándola así una ventaja comparativa en la producción de determinados bienes.

Esas circunstancias podían ser muy diversas: mayor cercanía geográfica al mercado de destino, amplia disponibilidad de materias primas, acceso a una tecnología superior a la de sus competidores, mayor acumulación de capital o utilización de una mano de obra más barata o productiva. Pero en una economía global, las empresas de diferentes países sufren costes de transporte no muy

¹ BHAGWATI, J. (2005): *En defensa de la globalización: El rostro humano de un mundo global*, Debate, página 31.

² Vid. IRWIN, D. (1994): *Managed Trade*, AEI Press, *passim.*; IRWIN, D. (1996): *Against the Tide*, Princeton University Press, *passim.*

diferentes, se aprovisionan de materias primas a precios similares, tienen acceso a las mismas tecnologías, solicitan préstamos a tipos de interés casi idénticos, y fabrican allá donde resulte más beneficioso en función del nivel salarial o de productividad de los trabajadores: «Los márgenes de ventaja competitiva se han vuelto, en consecuencia, más estrechos: una mínima variación de los costes en algún otro lugar del mundo puede resultar de pronto mortal para tu competitividad»³.

En consecuencia, el parapeto protector frente a la competencia exterior se ha derrumbado por completo, y resulta muy difícil encontrar hoy en día una sola empresa que no se encuentre sometida a la competencia internacional más despiadada. Esta vulnerabilidad generalizada frente a la competencia internacional ha provocado que las preocupaciones de quienes la sufren se dirijan a indagar si la ventaja competitiva que demuestran las exportaciones de algunos de sus competidores se debe a factores domésticos que evitan a estos incurrir en costes que para aquellos son en cambio insoslayables.

Cuando una empresa debe hacer frente a los costes derivados de cumplir con las leyes nacionales de protección del medio ambiente, o con las normas de protección de la salud de los consumidores domésticos, o con la legislación estatal de seguridad e higiene en el trabajo, tiende casi automáticamente a sospechar que los menores costes de producción de sus competidores extranjeros derivan precisamente de la ausencia de una normativa equivalente en sus países, y eso es lo que les permite practicar precios más competitivos sobre el mercado global. En este mercado compiten entre sí empresas que no se hallan en pie de igualdad, a diferencia de lo que ocurre en el interior de cada mercado nacional, donde todos los competidores se encuentran sometidos a las mismas leyes y soportan por ello similares costes.

En el mercado global, la «carga» derivada de la observancia de normas fiscales, laborales, medioambientales o sanitarias es muy distinta para cada empresa, pues las exigencias impuestas por esas leyes varían enormemente de un país a otro. Cuanto menores son esas exigencias, menores son los costes para las empresas de ese país y mayor la «ventaja comparativa artificial» que adquieren frente a sus competidoras de países con normativas mucho más estrictas: se habla entonces de «competencia desleal» o de «comercio injusto» (*unfair*), y se argumenta la necesidad de evitar a toda costa la consiguiente degradación de los estándares legales de protección del medio ambiente o de los derechos laborales (*race to the bottom*).

Y para ello también es necesario que todos los países respeten un estándar mínimo de protección legal, a fin de evitar que su inobservancia repercuta en menores costes de producción para las empresas localizadas en los países infractores, y les permita así eliminar a sus competidoras de otros países más exigentes en el cumplimiento de las leyes medioambientales o laborales. La receta propuesta consiste básicamente en armonizar las diferentes leyes estatales para igualar los costes que genera su observancia (*level the playing field*). Si algún país se resistiera a tal armonización, se consideraría legítima la imposición de sanciones comerciales que impidan la exportación de bienes producidos de forma «desleal»⁴. El último ejemplo de esta tendencia es la propuesta de aplicar un impuesto a los productos importados para gravar las emisiones de carbono a la atmósfera resultado de su fabricación. La ausencia de una normativa internacional que armonice las diferentes legislaciones estatales al respecto se utiliza como pretexto para la imposición de tales gravámenes, pero no hay una voluntad seria de imponer un estándar normativo global para luchar contra el cambio climático.

³ BHAGWATI, J. (1998): *A Stream of Windows: Unsettling Reflections on Trade, Immigration and Democracy*, The MIT Press, página 21.

⁴ Sobre todos estos conceptos, *vid.* BHAGWATI, J., «The Demands to Reduce Domestic Diversity among Trading Nations», páginas 9-40, en *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, ed. BHAGWATI, J. y HUDEC, R. E. (1996), The MIT Press.

En realidad, el problema deriva en cierta medida del doble rasero que practican los gobiernos cuando intervienen en la regulación de los mercados: por un lado se procede al sistemático desmantelamiento de la mayor parte de las barreras a la libre circulación de productos manufacturados y de capitales, pero por otro se asiste al espectáculo del intervencionismo legislativo de los gobiernos en sus mercados nacionales regulando las condiciones de competencia, la fiscalidad, los precios, las especificaciones técnicas o sanitarias de los productos, las subvenciones o ayudas públicas, los derechos laborales y la protección del medio ambiente.

Estas dos caras del activismo gubernamental no son tan contradictorias como pudiera parecer. En realidad, ambas responden al fenómeno más determinante del proceso de globalización: el auge de las empresas multinacionales. Según Robert Mundell, existe una relación directa entre la existencia de medidas proteccionistas y el crecimiento exponencial de las inversiones directas en el extranjero por parte de las multinacionales: la inversión directa es la estrategia adecuada cuando existen barreras arancelarias y no arancelarias que dificultan el acceso a un mercado de exportación determinado⁵.

Y el desmantelamiento de la mayoría de estas barreras procede precisamente de la convicción pública sobre su absoluta inutilidad ante las tácticas de las multinacionales. En cuanto al progresivo intervencionismo gubernamental mediante normas reguladoras o de ordenación del mercado, responde en gran medida al reto que al Estado plantea la progresiva concentración de poder económico⁶ en manos de las multinacionales, cuyo comportamiento no se determina por el libre juego de la competencia, sino que se orienta fundamentalmente a la creación de situaciones de oligopolio en el mercado mediante la diferenciación productiva, la publicidad masiva y la colusión tácita o explícita.

La intervención en el mercado mediante normas reguladoras es un atributo esencial de la soberanía estatal para disciplinar los comportamientos anticompetitivos o contrarios al interés general en que incurren las grandes empresas multinacionales, pero en realidad han sido los intereses proteccionistas los que han conseguido instrumentalizar para sus propios fines las normas con las que el Estado regula su propio mercado: estas normas reguladoras o de ordenación del mercado han comenzado a ser utilizadas por los Estados como medidas proteccionistas, justificadas precisamente por la ausencia de armonización.

2. La diversidad normativa y las leyes formalmente discriminatorias

El GATT ha sido calificado como un acuerdo de «integración negativa», que establece una zona de libre cambio con un nivel de integración económica muy inferior al promovido por acuerdos regionales como el TCE o incluso el TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte)⁷. La escala progresiva en los procesos de integración económica fue establecida por Bela Balassa en 1961⁸: Zona de Libre Cambio, Unión Aduanera, Mercado Común, Unión Económica y Total Integración Económica.

Los tres primeros niveles o estadios de integración han sido calificados como pura integración de mercado o negativa, puesto que sólo proceden a eliminar las discriminaciones jurídicas de bienes y factores de producción por razón de su origen. En la Zona de Libre Cambio y en la Unión Aduanera, los Estados miembros eliminan las medidas discriminatorias para las mercancías originarias de los países miembros, estableciéndose además en la Unión Aduanera un arancel aduanero común para los

⁵ Vid. NIETO SOLÍS, J. A. (2005): *Organización económica internacional y globalización*, Ed. Siglo XXI, página 211.

⁶ Vid. FARJAT, G. (1981): *Droit Économique*, París.

⁷ AFILALO, A. y FOSTER, S. (2003): «The WTO Anti-Discrimination Jurisprudence: Free Trade, National Sovereignty, and Environmental Health in the Balance», 15 *Georgetown International Environmental Law Review*, 633.

⁸ BALASSA, B. (1961): *The Theory of Economic Integration*, Londres.

bienes originarios de terceros Estados. En el Mercado Común, la eliminación de discriminaciones se extiende a los factores de producción: el objetivo es la libre circulación de capital, tecnología y trabajadores. Esta eliminación de discriminaciones por razón de la nacionalidad o del origen se denomina negativa porque sólo exige de los Estados una obligación negativa o de no hacer: abstenerse de imponer medidas discriminatorias.

Por el contrario, los niveles superiores del proceso de integración económica son fases más políticas que económicas⁹, pues imponen obligaciones de carácter político a los Estados participantes en el proceso —obligaciones de hacer, positivas—, consistentes básicamente en la transferencia de soberanía a órganos supranacionales que armonicen las políticas económicas y legislativas (fase de Unión Económica) y determinen los objetivos macroeconómicos (Total Integración Económica): la integración positiva comporta así la elaboración y aplicación de políticas coordinadas y comunes y la armonización normativa¹⁰.

En base a lo anteriormente señalado, el proceso de integración económica que representa el GATT es básicamente un caso de integración negativa, en cuanto ha procurado la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción mediante la eliminación de discriminaciones a los mismos. La expresión jurídica de este proceso de integración negativa, en lo que se refiere a mercancías la constituye básicamente el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), cuyos principios imponen a las Partes Contratantes obligaciones de no hacer: el artículo I establece la obligación de no discriminar por razón del origen de los bienes (nación más favorecida), el artículo III la obligación de no discriminar entre productos importados y domésticos (tratamiento na-

cional). Los mismos principios han sido extendidos a la prestación de servicios por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, en su sigla inglesa).

Este proceso de integración negativa ha encontrado a su más conspicuo contrincante en la diversidad de las normas de ordenación de los distintos mercados nacionales. Una vez eliminadas o reducidas las barreras arancelarias y restricciones cuantitativas de carácter discriminatorio, la libre circulación de mercancías ha vuelto a encontrar nuevos obstáculos en las diversas leyes que los Estados dictan para preservar su medio ambiente, proteger la salud de los consumidores o regular cualquier otro aspecto de sus mercados. Cuando estas leyes persiguen una política de interés público, como por ejemplo la protección del medio ambiente, mediante un trato discriminatorio a los productos importados por el hecho de resultar más contaminantes, estamos ante una violación formal del principio del tratamiento nacional y, en consecuencia, del proceso de integración negativa que representa el GATT.

La diversidad normativa es permitida por el GATT, pues éste sólo se refiere a la integración negativa, pero el estándar legal que cada Estado adopte no debe poseer un carácter discriminatorio: aunque cada Estado es perfectamente libre para optar por una legislación más permisiva o más restrictiva a la hora de preservar su medio ambiente o la salud de sus consumidores, no lo es para aplicar dicha legislación de modo desigual a los productos importados y a los domésticos. Tal comportamiento resultaría contrario al principio del tratamiento nacional del artículo III del GATT, que prohíbe las leyes internas que supongan un trato menos favorable (discriminatorio) para los productos importados que para los domésticos, aunque dichas leyes tengan como objetivo la protección del medio ambiente o la salud de los consumidores.

En el caso «Gasolina reformulada»¹¹, la legislación denunciada ante el Órgano de Solución de Diferencias

⁹ Sobre la denominada «dicotomía en la Teoría de la Integración Económica», vid. PELKMANS, J. (1980): «Economic Theory of Integration Revisited», *Journal of Common Market Studies*, Volumen XVIII, número 4, junio, páginas 334-335.

¹⁰ Como es el caso de la integración europea: para la distinción original entre integración negativa y positiva, vid. TINBERGEN, J. (1954): *International Economic Integration*, Elsevier, página 122.

¹¹ *Report of the Appellate Body, United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (26 de abril de 1996).

de la OMC por incumplir el referido principio es la Ley de Protección de la Calidad del Aire, de 1990 (*Clean Air Act*). En concreto, Venezuela y Brasil alegaron que sus empresas de refino resultaban discriminadas al imponérseles condiciones más onerosas que a las refinadoras estadounidenses. Esto era así debido al método establecido por la ley para conseguir que el grado de contaminación atmosférica causado por la combustión de gasolina no excediera los niveles de 1990. Pero se permitía calcular esos niveles de forma distinta a unos y otros: los refinadores norteamericanos eran libres para fijar ese nivel de modo individual, mientras que las empresas de refino extranjeras resultaban obligadas a respetar el nivel calculado por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los EE UU, mucho más exigente. La obvia violación del artículo III del GATT resultaba, sin embargo, justificable para los Estados Unidos en base a la excepción del artículo XX GATT, que permite a los Estados imponer medidas legales para la protección de la vida animal o la conservación de sus recursos naturales, aunque sean contrarias a las obligaciones del GATT.

Esta excepción es la que entra en juego siempre que un Estado miembro de la OMC pretende defender determinadas leyes de protección del medio ambiente o de la salud de los consumidores, pero para que la excepción sea operativa, el propio artículo XX exige que las medidas legales de protección del medio ambiente no constituyan una discriminación «injustificable» o «arbitraria» o «una restricción encubierta al comercio internacional». En el caso «Gasolina reformulada», el Órgano de Apelación de la OMC consideró que los Estados Unidos tenían otras alternativas para la consecución de sus fines medioambientales: la misma o mayor reducción de la contaminación atmosférica podría haberse logrado sin discriminar legalmente entre productores nacionales y extranjeros de gasolina¹².

Además se rechazó el argumento estadounidense de que no eran practicables métodos alternativos por razones administrativas, como la imposibilidad de verificar los datos suministrados por los refinadores extranjeros¹³. Quizá el argumento más interesante del Órgano de Apelación contra los Estados Unidos fue el de que no habían explorado la posibilidad de llegar a acuerdos de cooperación con los gobiernos y empresas extranjeras afectadas para encontrar métodos alternativos de verificación en la reducción del nivel de contaminación causado por la gasolina¹⁴, lo que suponía que la ley estadounidense constituía una «discriminación injustificable» o «una restricción encubierta al comercio internacional».

Cabe concluir que las leyes de protección del medioambiente no pueden utilizarse para discriminar formalmente entre productos (gasolina, en este caso) de origen doméstico y de origen extranjero, por muy loable que sea el objetivo de reducir las emisiones de gases a la atmósfera. El artículo XX del GATT no puede utilizarse como cobertura de estas leyes siempre que existan medios de proteger el medio ambiente que sean menos restrictivos para el comercio, lo cual no será infrecuente. Por consiguiente, el proceso de integración negativa que representa el GATT no se detiene ante barreras impuestas por leyes de carácter discriminatorio, sino que las declara contrarias a sus principios y no justificadas por sus excepciones. La preservación del medio ambiente es en este caso una nueva cara que adopta el proteccionismo de nuestra época.

3. La diversidad normativa y las leyes formalmente no discriminatorias

Pero existen otras leyes con un carácter distinto: son las normas que impiden el acceso al mercado nacional de los productos extranjeros como consecuencia del in-

¹² Vid. nota 19, párrafo 25.

¹³ Íd., párrafos 26-27.

¹⁴ Íd., párrafo 27.

cumplimiento por tales productos de determinados estándares normativos en vigor en ese mercado. No son leyes formalmente discriminatorias, pues imponen dichos estándares por igual a los bienes de origen interno y a los importados, pero obligan a los países extranjeros a adoptar la misma política legislativa medioambiental o de salud pública que rige en el país al que exportan sus productos. Estamos ante el problema descrito en el apartado I: la diversidad jurídica se ha convertido en excusa para sospechar que determinados países se aprovechan de estándares normativos menos exigentes y procuran así a sus exportadores una «ventaja comparativa artificial», resultado de los menores costes en los que incurrir.

En defecto de armonización legislativa, sería lícito recurrir a medidas proteccionistas que impidan la degradación de los estándares medioambientales, laborales o de salud pública. De lo contrario, la disparidad entre tales estándares legales provocaría una «deslocalización» masiva, pues las empresas multinacionales no dudarían en aprovechar los menores costes de producción que ofrecen los países con menor nivel de protección del medio ambiente o de los derechos de los trabajadores.

Este argumento fue utilizado profusamente con motivo de las discusiones que rodearon la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y fue empleado en los Estados Unidos para oponerse a la liberalización comercial con México. La mesurada respuesta de la Administración Clinton fue la inclusión en el texto del TLCAN de un conjunto de normas encaminadas a obtener una mínima armonización de los estándares laborales. En realidad, estos no son menos exigentes en México, pero adolecen de un escaso grado de efectividad: el denominado *Labor Agreement* incorporado al TLCAN parte de la constatación de que el nivel legal de protección de los trabajadores no es menor en México que en los Estados Unidos, y se dirige por ello fundamentalmente a exigir el cumplimiento efectivo de las leyes mexicanas.

El fin no es otro que disuadir a las empresas estadounidenses de localizarse en México con el único propósi-

to de emplear trabajadores cuyos derechos laborales básicos no estén suficientemente protegidos: es el problema que previamente hemos denominado *race to the bottom* o degradación de los estándares legales, que se produciría hipotéticamente como respuesta del legislador estadounidense a una masiva «deslocalización». Se produciría una auténtica «competencia entre ordenamientos» por ver quién ofrece a las multinacionales menores costes derivados de cumplir con las leyes¹⁵.

La primera disputa comercial planteada en el marco del GATT como consecuencia del problema antes descrito se suscitó entre México y los Estados Unidos. La ausencia de armonización en la legislación medioambiental es utilizada como excusa por los Estados Unidos para imponer sanciones comerciales a México porque sus empresas no cumplen las leyes norteamericanas, en concreto la *US Marine Mammal Protection Act* de 1976 en la disputa denominada *Atún/Delfín*¹⁶. Esta ley prohibía la importación en EE UU de atún capturado con artes de pesca que pudieran dañar a los delfines, y condicionaba el acceso de atún al mercado norteamericano a que cada país exportador demostrara que su normativa para la protección de los mamíferos marinos era equivalente a la de los Estados Unidos¹⁷.

La posición de este país fue defendida en el GATT alegando que tales disposiciones no poseían carácter discriminatorio, en cuanto que sometía a la flota pesquera estadounidense a las mismas exigencias que se imponían a los pesqueros extranjeros¹⁸. Además, los norteamericanos justificaron de todos modos su legislación en base al artículo XX (b) y (g) del GATT («medidas necesarias para la protección de la salud animal» y «medidas relativas a la conservación de los recursos

¹⁵ Sobre este concepto, clave en nuestra exposición, *vid.* REICH, N. (1992): «Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?», *Common Market Law Review*, número 29, páginas 861-896.

¹⁶ *United States-Restrictions on Imports of Tuna from Mexico*, 3-9-1991, GATT B.I.S.D. (39th. Suppl), *US Restrictions on Imports of Tuna*, GATT Panel Report, 16-6-1994, dS29/R

¹⁷ *Vid.* Informe 3-9-91, cit. *supra*, párrafo 5.2.

¹⁸ *Id.*, párrafos 3.11-3.16.

naturales agotables»), considerando la ley necesaria para la protección de la salud y vida de los delfines.

Un caso de índole similar al anterior se planteó años después ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y se refiere también a la eventual incompatibilidad con el GATT de la legislación medioambiental norteamericana¹⁹. De acuerdo con ésta, quedaba prohibida la importación de camarones capturados con redes que dañasen también a las tortugas marinas, una especie protegida. Además, la ley eximía de la prohibición a determinados países siempre que la Secretaría de Estado norteamericana certificara que sus pesqueros no suponían una amenaza para las tortugas marinas al capturarlas de modo accidental mientras pescaban camarones. La exención de la prohibición se otorgaba asimismo cuando la Secretaría de Estado certificaba que el país exportador había adoptado un programa de actuación legislativa comparable a la ley estadounidense, que obligaba a los pesqueros de Estados Unidos a utilizar dispositivos para excluir a las tortugas de las redes con las que son capturados los camarones (artefactos denominados TEDs o *Turtle Exclusion Devices*).

En consecuencia todo exportador de camarones al mercado estadounidense se vio obligado a presentar una declaración atestiguando que sus productos fueron pescados en aguas territoriales de un Estado que disponía del correspondiente certificado. Ante el perjuicio económico que la normativa estadounidense les causaba y su previsible incompatibilidad con el GATT, el 8 de octubre de 1996 la India, Pakistán, Malasia y Tailandia activaron el procedimiento de solución de diferencias de la OMC mediante la solicitud del inicio de consultas con los EE UU. El informe del Grupo Especial constituido al efecto, distribuido el 15 de marzo de 1998, declaró que la normativa estadounidense era contraria al artículo XI

del GATT y fue apelado por los EE UU, aunque sin éxito. Al igual que en el caso de la ley para la protección de los delfines, la ley contra la captura accidental de tortugas marinas no era formalmente discriminatoria.

Ambas leyes imponían idénticas obligaciones a los pesqueros extranjeros y a los estadounidenses y, por lo tanto, no suponían una violación del principio del tratamiento nacional contenido en el artículo III del GATT. No obstante, ambas suponían lo que en la jerga del derecho comunitario europeo se denomina «medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa», porque al restringir la cantidad (no inciden en el precio, como las medidas proteccionistas arancelarias) de atunes o camarones que se permite importar, debemos considerar a tales leyes como equivalentes a la imposición de una cuota, contingente o restricción cuantitativa, prohibida por el artículo XI del GATT. La discusión se centra en si es posible considerar amparadas a dichas leyes por la excepción del artículo XX, que permitiría a los Estados imponer restricciones cuantitativas siempre que sea necesario para proteger determinados intereses de orden superior, como la protección de la salud humana o del medio ambiente.

Como ya hemos tenido ocasión de observar en el caso «Gasolina reformulada», el Órgano de Apelación de la OMC centrará su análisis del artículo XX en la necesidad de evitar las «restricciones encubiertas del comercio internacional» que adoptan la forma de leyes de protección del medio ambiente. Para ello debe observarse si existen medios alternativos para alcanzar los mismos objetivos de protección medioambiental, y si esas alternativas son menos restrictivas para el comercio internacional que las medidas legales propuestas.

Si la respuesta es afirmativa, habrá que concluir que el Estado demandado ha incurrido en proteccionismo encubierto, intentando disfrazar una medida prohibida por el artículo XI con el manto protector del artículo XX. Para evitarlo, ese Estado debe demostrar su compromiso con un proceso de negociación de buena fe con los países exportadores afectados, negociación encaminada a la armonización y aplicación de estándares me-

¹⁹ Report of the Appellate Body, *United States- Import Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (12 de octubre de 1998); Report of the Appellate Body, *United States- Import Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/RW (22 de octubre de 2001).

medioambientales mínimos. Y debe además demostrar flexibilidad en esa negociación, sin imponer soluciones propias y aceptando las alternativas eficaces de otros países para enfrentar dichos problemas medioambientales.

La conclusión a extraer bien podría ser la siguiente: si el problema se debe a la diversidad normativa, la solución debe buscarse en la armonización de los estándares legales. La interrupción de la libre circulación de mercancías debe considerarse como el último recurso, y sólo debe utilizarse en ausencia de soluciones alternativas. En la disputa sobre el atún, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC concluye que el embargo impuesto a México violaba el GATT porque los EE UU no habían agotado todas las opciones alternativas y consistentes con el GATT para la protección de los delfines, especialmente la negociación de acuerdos internacionales de cooperación (tanto más pertinentes cuando se trata de proteger a una especie que circula por las aguas territoriales de diversos Estados)²⁰.

En la controversia sobre el camarón, la OMC concluyó que los Estados Unidos no demostraron una intención seria de comprometerse en negociaciones multilaterales con los países sancionados y, en lugar de ello, exigieron de modo arbitrario a dichos países la adopción de los estándares medioambientales estadounidenses para evitar la prohibición de sus exportaciones²¹. Eso no es un intento serio de armonización, sino una imposición inaceptable que exige a Estados soberanos la adopción de un programa regulador no meramente comparable, sino esencialmente idéntico al seguido por los EE UU²².

Con ello los estadounidenses demostraban estar más interesados en influenciar a otros países para que adoptaran su mismo régimen legal y los mayores costes asociados con sus estándares que en proteger a las tortu-

gas marinas: así lo delata, por ejemplo, el hecho de que los camarones capturados en países sin certificación quedaban también sometidos a la prohibición de importación, aunque los pesqueros de esos países utilizaran una tecnología comparable a la estadounidense para evitar la captura accidental de tortugas²³. Cuando los Estados Unidos reformaron su legislación ante la condena de la misma por el Órgano de Apelación, fueron demandados nuevamente por Malasia, que consideraba insuficiente la reforma, pero esta vez la OMC falló a favor de los estadounidenses: estos ya no insistían en la adopción del mismo programa legislativo, sino que bastaba con la aprobación de medidas legales comparables en efectividad a la hora de proteger las tortugas marinas. Para el Órgano de Apelación, estamos ahora ante un intento serio de armonización sin propósitos proteccionistas encubiertos, lo que es suficiente para aplicar la excepción del artículo XX del GATT que legaliza las medidas estadounidenses²⁴. La armonización normativa a escala internacional es la solución correcta a la diversidad normativa en materia medioambiental.

4. Conclusión

Parece bastante razonable afirmar con base en lo anteriormente expuesto que el problema de la diversidad normativa y de los diferentes costes de producción asociados a la misma debe enfrentarse mediante la armonización internacional, en procesos de negociación igualitarios y conducidos de buena fe. La adopción de medidas contra la libre circulación de mercancías no resulta justificada por el artículo XX si no ha habido un intento previo de lograr por vía de negociaciones multilaterales una armonización mínima de los estándares medioambientales. El proceso de integración negativa que representa el GATT ha encontrado obstáculos en las leyes discriminatorias, pero las leyes formalmente no discrimi-

²⁰ Vid. Informe 3 de septiembre de 1991 cit. número 25, párrafo 5.30.

²¹ Vid. Informe 12 de octubre de 1998, cit. número 28, párrafos 171-172.

²² Id., párrafos 141, 168.

²³ Id., párrafo 165.

²⁴ Vid. Informe 22 de octubre de 2001, cit. número 28, párrafos 59-61.

natorias se han revelado como enemigos mucho más difíciles de combatir.

Las restricciones a la libre circulación de mercancías impuestas por dichas leyes se encuentran justificadas por el artículo XX cuando no son medidas unilaterales y arbitrarias, sino el resultado de una negociación multilateral entre Estados que ha resultado en una armonización de los estándares de protección del medio ambiente. La respuesta al problema de la degradación de dichos estándares (*race to the bottom*) no son las medidas proteccionistas encubiertas, sino la armonización internacional. Ahora bien, con ello la OMC rebasa las características de los procesos de integración negativa para acoger rasgos típicos de la integración positiva, pues la armonización normativa no exige sólo la eliminación de discriminaciones, sino la transferencia de

poderes a un nivel supranacional donde se lleve a cabo tal armonización. Pero, ¿está preparada institucionalmente la OMC para acoger e impulsar procesos de integración positiva del mismo modo que lo está la Unión Europea?

Nos permitimos dudarlo, sobre todo si recordamos que una de las principales acusaciones del movimiento antiglobalización hacia la OMC es su falta de legitimidad democrática para interferir en los procesos legislativos de un Estado soberano. Si la propia Unión Europea es acusada de arrastrar un «déficit democrático» a pesar de representar el ejemplo más acabado de integración positiva en el mundo actual, resulta absolutamente ilusorio suponer que la OMC está institucionalmente preparada para acometer la armonización normativa global que precisa un mercado también global.