

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS58/AB/R
12 de octubre de 1998

(98-3899)

Original: inglés

**ESTADOS UNIDOS – PROHIBICIÓN DE LAS IMPORTACIONES DE
DETERMINADOS CAMARONES Y PRODUCTOS DEL CAMARÓN**

AB-1998-4

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción: escrito de apelación	1
II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes.....	6
A. Alegaciones de error presentadas por los Estados Unidos - Apelante	6
1. Información no solicitada a las organizaciones no gubernamentales	6
2. Artículo XX del GATT de 1994	7
B. India, Pakistán y Tailandia - Apelados colectivos	13
1. Información no solicitadas a las organizaciones no gubernamentales.....	13
2. El artículo XX del GATT de 1994.....	15
C. Malasia – Apelado	19
1. Información no solicitada a las organizaciones no gubernamentales	19
2. Artículo XX del GATT de 1994	20
D. Argumentos de terceros participantes	22
1. Australia.....	22
2. Ecuador	25
3. Comunidades Europeas.....	25
4. Hong Kong, China	28
5. Nigeria	30
III. Cuestiones y resoluciones relativas al procedimiento.....	31
A. Admisibilidad de los alegatos de organizaciones no gubernamentales adjuntados a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos	31
B. Suficiencia del anuncio de apelación	35
IV. Cuestiones planteadas en esta apelación.....	37
V. Procedimientos del Grupo Especial e información no solicitada.....	38
VI. Evaluación del artículo 609 a la luz del artículo XX del GATT de 1994.....	43
A. Conclusiones y análisis interpretativo del Grupo Especial	43
B. Párrafo g) del artículo XX: justificación provisional del artículo 609.....	50
1. "recursos naturales agotables"	51
2. "relativa a la conservación de los [recursos naturales agotables]"	56
3. "a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales"	59

	<u>Página</u>
C. Las cláusulas introductorias del artículo XX: Caracterización del artículo 609 según las normas del preámbulo.....	60
1. Consideraciones generales.....	61
2. "Discriminación injustificable".....	69
3. "Discriminación arbitraria".....	79
VII. Constataciones y conclusiones.....	84

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón

AB-1998-4

Apelante: Estados Unidos
Apelados: India, Malasia, Pakistán, Tailandia

Actuantes:

Feliciano, Presidente de la Sección
Bacchus, Miembro
Lacarte-Muró, Miembro

Terceros participantes: Australia, Comunidades Europeas, Ecuador, Hong Kong, China, México y Nigeria

I. Introducción: escrito de apelación

1. Los Estados Unidos apelan contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*.¹ A raíz de una petición conjunta de consultas formulada por la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia el 8 de octubre de 1996², Malasia y Tailandia, en una comunicación de 9 de enero de 1997³, y el Pakistán en una comunicación de 30 de enero de 1997⁴, pidieron que el Órgano de Solución de Diferencias (el OSD) estableciera un grupo especial para que examinara sus reclamaciones en relación con la prohibición impuesta a la importación de ciertos camarones y sus productos por los Estados Unidos con arreglo al artículo 609 de la *Public Law 101-162*⁵ ("Artículo 609") y los reglamentos y las decisiones judiciales correspondientes. El 25 de febrero de 1997 el OSD estableció dos grupos especiales en respuesta a esas peticiones y acordó que, en cumplimiento del artículo 9 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("el ESD"), esos grupos se fusionaran en un solo grupo especial que tendría un mandato uniforme.⁶ El 10 de abril de 1997 el ESD estableció otro grupo especial con un mandato uniforme en respuesta a

¹ WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998.

² WT/DS58/1, 14 de octubre de 1996.

³ WT/DS58/6, 10 de enero de 1997.

⁴ WT/DS58/7, 7 de febrero de 1997.

⁵ Codificada en 16 U.S.C. § 1537.

⁶ WT/DSB/M/29, 26 de marzo de 1997.

una petición formulada por la India en una comunicación de 25 de febrero de 1997⁷, y acordó que ese tercer grupo especial se fusionara también con el anterior grupo especial establecido el 25 de febrero de 1997.⁸ El informe preparado por el Grupo Especial nacido de esas fusiones se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") el 15 de marzo de 1998.

2. En los párrafo 2.1 a 2.16 se establecen, en particular, los elementos de hecho y de derecho de esta diferencia. En el presente documento nos referimos a la medida de los Estados Unidos examinada por el Grupo Especial y durante el procedimiento de apelación. Los Estados Unidos promulgaron en 1987 un reglamento de aplicación de la Ley de Especies Amenazadas de 1973⁹ en virtud del cual todos los barcos de los Estados Unidos que se dedicaran a la pesca del camarón con redes de arrastre deberían utilizar unos dispositivos para excluir a las tortugas ("DET") o aplicar restricciones temporales en áreas específicas donde se producía una mortalidad significativa de las tortugas marinas durante la pesca del camarón.¹⁰ Las normas, que entraron plenamente en vigor en 1990, fueron modificadas para hacer obligatorio el uso de DET en todo tiempo y lugar donde existiera la probabilidad de que la pesca del camarón con redes de arrastre interfiriera con las tortugas marinas, con limitadas excepciones.

3. El artículo 609 fue promulgado el 21 de noviembre de 1989, En el párrafo a) se pide al Secretario de Estado de los Estados Unidos que, en consulta con el Secretario de Comercio, entre otras cosas, "inicie a la mayor brevedad posible negociaciones encaminadas a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países para la protección y conservación de las ... tortugas marinas" y que "inicie a la mayor brevedad posible negociaciones con todos los gobiernos extranjeros que llevan a cabo operaciones de pesca comercial o que cuentan con personas o empresas que llevan a cabo actividades que, tal como quedan definidas por el Secretario de Comercio, puedan tener consecuencias negativas para esas especies de tortugas marinas, al efecto de concertar tratados bilaterales o multilaterales con esos países para proteger dichas especies de tortugas marinas ...". En el párrafo b) 1) del artículo 609 se prohíbe, a partir del 1º de mayo de 1991, la importación a los Estados Unidos de camarón capturado con tecnologías de pesca comercial que puedan tener consecuencias negativas para las tortugas marinas. El párrafo b) 2) del citado artículo establece que la

⁷ WT/DS58/8, 4 de marzo de 1997.

⁸ WT/DSB/M/31, 12 de mayo de 1997.

⁹ Public Law 93-205, codificado en 16 U.S.C. 1531 y siguientes.

¹⁰ 52 Fed. Reg. 24244 29 de junio de 1987 ("Directrices de 1987"). Las directrices se aplicaban a cinco especies de tortugas marinas: la tortuga boba o caguama (*Caretta caretta*), la tortuga lora o cotorra (*Lepidochelys kempi*), la tortuga verde (*Chelonia mydas*), la tortuga laúd o de cuero (*Dermochelys coriacea*) y la tortuga Carey (*Eretmochelys imbricata*).

prohibición de importaciones de camarones no se aplicará a las naciones pesqueras que hayan recibido el oportuno certificado. Las naciones en cuestión necesitan dos tipos de certificados anuales, cuyos detalles se definieron en las Directrices reglamentarias de 1991, 1993 y 1996¹¹: En primer lugar se concederá un certificado a los países cuyo medio ambiente pesquero no represente una amenaza de captura accidental de tortugas marinas durante la pesca de camarones.¹² Según las Directrices de 1996, el Departamento de Estado "extenderá un certificado a toda nación pesquera que satisfaga los criterios siguientes, sin necesidad de que el gobierno de esa nación tenga que adoptar medida alguna: a) toda nación pesquera en cuyas aguas jurisdiccionales no viva ninguna de las especies de tortugas marinas en cuestión; b) toda nación pesquera que pesque camarón exclusivamente con medios que no representen ninguna amenaza para las tortugas marinas, por ejemplo, las naciones que pesquen camarón exclusivamente con medios artesanales; o c) toda nación cuyas operaciones de pesca comercial de camarón con redes de arrastre tengan lugar exclusivamente en aguas sometidas a jurisdicción y en las que no vivan tortugas marinas".¹³

4. En segundo lugar, se concederá el certificado a las naciones pesqueras que aporten pruebas documentales de la adopción de un programa reglamentario que regule la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que sea comparable al de los Estados Unidos y en el caso de que la tasa media de capturas accidentales de ese tipo de tortugas marinas por barcos del país pesquero sea comparable a la tasa media de capturas accidentales de tortugas marinas por barcos de los Estados Unidos.¹⁴ Según las Directrices de 1996, el Departamento de Estado examinará el programa reglamentario de la nación pesquera y concederá el certificado si el programa incluye: i) la obligación de usar DET que tengan una "eficacia comparable a la de los utilizados en los Estados Unidos. Las excepciones a este requisito deberán ser comparables a las del programa de los Estados Unidos ..." y ii) "un sistema creíble de observancia que incluye la supervisión del cumplimiento y las sanciones oportunas".¹⁵ El programa reglamentario puede adoptar la forma de reglamentos o, en ciertas circunstancias, de un acuerdo voluntario entre la industria y el gobierno.¹⁶ Para determinar la comparabilidad de los regímenes extranjeros se tendrán

¹¹ En lo sucesivo "Directrices de 1991" (56 Federal Register 1051, de 10 de enero de 1991), "Directrices de 1993" (58 Federal Register 9015, 18 de febrero de 1993) y "Directrices de 1996" (61 Federal Register 17342, 19 de abril de 1996).

¹² Artículo 609 b) 2) C).

¹³ Directrices de 1996, página 17343.

¹⁴ Artículo 609 b) 2) A) y B).

¹⁵ Directrices de 1996, página 17344.

¹⁶ *Ibid.*

asimismo en cuenta las demás medidas que la nación pesquera adopte para la protección de las tortugas marinas.¹⁷ La tasa media de capturas accidentales "se considerará comparable si el país pesquero exige la utilización de DET de forma comparable a la prevista en el régimen de los Estados Unidos ...".¹⁸

5. Las Directrices de 1996 exigen que todas las exportaciones de camarón y sus productos a los Estados Unidos vayan acompañadas de una declaración del exportador atestiguando que el camarón en cuestión fue pescado en aguas de una nación que disponía de un certificado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 609 o "en condiciones que no afectaban negativamente a las tortugas marinas", es decir: a) "camarones procedentes de una instalación de acuicultura en la que pasan al menos 30 días en los estanques antes de ser capturados"; b) "camarones pescados por barcos arrastreros comerciales que utilizan DET de una eficacia comparable a la obligatoria en los Estados Unidos"; c) "camarones pescados exclusivamente con medios que no supongan la recogida de redes de pesca por medios mecánicos o por barcos que utilicen un aparejo que, de conformidad con el régimen de los Estados Unidos ... no obligue al uso de DET"; d) "especies de camarón, como la especie *pandalid*, pescadas en áreas en las que no viven tortugas marinas".¹⁹ El 8 de octubre de 1996 el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos (CIT) estableció que las Directrices de 1996 eran contrarias a las disposiciones del artículo 609 al permitir que se importara camarón de países sin certificado si la importación iba acompañada de un formulario de declaración para exportadores de camarón que establecía que el camarón se había pescado con una tecnología de pesca comercial que no afectaba negativamente a las tortugas marinas.²⁰ En su decisión de 25 de noviembre de 1996, el CIT aclaró que el camarón pescado por medios manuales que no causaba daño a las tortugas marinas se podía seguir importando de países que no hubieran recibido un certificado de conformidad.²¹ El 4 de junio de 1998 el Tribunal de los Estados Unidos para el Circuito Federal revocó las decisiones del CIT de 8 de octubre y 25 de noviembre de 1996.²² En la práctica, sin embargo, durante el examen de la diferencia por nosotros y por el Grupo Especial no se aplicó la

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Directrices de 1996, página 17343.

²⁰ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 942 Fed. Supp. 597 (CIT 1996).

²¹ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 948 Fed. Supp. 1062 (CIT1996).

²² 1998 U.S. App. Lexis 11789.

excepción de la prohibición de importaciones de camarones pescados con DET por países sin certificado.²³

6. Las Directrices de 1991 limitaron el ámbito geográfico de la prohibición de importaciones impuesta por el artículo 609 a los países de la región del Caribe y el Atlántico occidental en el sentido amplio²⁴ y concedieron a esos países un plazo de tres años para la introducción gradual de un régimen comparable. Las Directrices de 1993 mantuvieron esta limitación geográfica. El 29 de diciembre de 1995 el CIT decidió que las Directrices de 1991 y 1993 conculcaban el artículo 609 al limitar su ámbito geográfico a la pesca del camarón en la región del Caribe y del Atlántico occidental en el sentido amplio y dio instrucciones al Departamento de Estado para que extendiera la prohibición a todo el mundo a más tardar el 1º de mayo de 1996.²⁵ El 10 de abril de 1996 el CIT rechazó una petición del Departamento de Estado de que se prorrogara por un año el plazo previsto para la aplicación del artículo 609 en todo el mundo.²⁶ El 19 de abril de 1996 los Estados Unidos promulgaron las Directrices de 1996 en virtud de las cuales se ampliaba el ámbito de aplicación del artículo 609 al camarón pescado en *todas* las naciones extranjeras a partir del 1º de mayo de 1996.

7. En su informe el Grupo Especial llegó a las conclusiones siguientes:

A la luz de las constataciones precedentes, llegamos a la conclusión de que la prohibición de las importaciones de camarón y productos del camarón que aplican los Estados Unidos sobre la base del artículo 609 de la Public Law 101-162 no es compatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, y no puede justificarse en virtud del artículo XX del mismo Acuerdo.²⁷

y formuló la recomendación siguiente:

El Grupo Especial *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias pida a los Estados Unidos que pongan esta medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo sobre la OMC.²⁸

²³ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas durante la audiencia.

²⁴ Concretamente México, Belice, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Venezuela, Trinidad y Tabago, Guyana, Surinam, Guyana francesa y el Brasil.

²⁵ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 913 Fed. Supp. 559 (CIT 1995).

²⁶ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 922 Fed. Supp. 616 (CIT 1996).

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1.

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.

8. El 13 de julio de 1998 los Estados Unidos notificaron al OSD su decisión de impugnar ciertas cuestiones de derecho incluidas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas del Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD y presentó una noticia de apelación²⁹ al Órgano de apelación de conformidad con la regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. El 23 de julio de 1998 los Estados Unidos presentaron una comunicación del apelante.³⁰ El 7 de agosto de 1998, la India, el Pakistán y Tailandia ("apelados colectivos") presentaron una comunicación colectiva de los apelados y Malasia presentó su propia comunicación por separado.³¹ El mismo día, Australia; el Ecuador; las Comunidades Europeas; Hong Kong, China y Nigeria presentaron sus respectivas comunicaciones de terceros participantes.³² Por invitación del Órgano de Apelación, los Estados Unidos, la India, el Pakistán, Tailandia y Malasia presentaron el 17 de agosto de 1998 comunicaciones adicionales sobre ciertas cuestiones derivadas del artículo XX b) y el artículo XX g) del GATT de 1994. Los días 19 y 20 de agosto de 1998 se celebró la audiencia. Los participantes y los terceros participantes presentaron oralmente sus argumentos y respondieron a las preguntas que les formularon los miembros de la división que conocían de esta apelación.

II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes

A. Alegaciones de error presentadas por los Estados Unidos - Apelante

1. Información no solicitada a las organizaciones no gubernamentales

9. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que no podía aceptar comunicaciones que no había solicitado a las organizaciones no gubernamentales. Según los Estados Unidos, nada hay en el OSD que prohíba a los grupos especiales examinar información simplemente porque no la han solicitado. El párrafo 2 del artículo 13 del OSD está redactado en términos amplios a fin de dar a los grupos especiales la posibilidad de escoger discretamente sus fuentes de información. Cuando una organización no gubernamental presenta una comunicación a un grupo especial, el párrafo 2 del artículo 13 del OSD autoriza al grupo a "recabar" esa información. Cualquier otra conclusión limitaría innecesariamente la discreción que el OSD concede a los grupos especiales para elegir las fuentes de información que deseen considerar.

²⁹ WT/DS58/11, 13 de julio de 1998.

³⁰ De conformidad con la regla 21 (1) de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*.

³¹ De conformidad con la regla 22 (1) de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*.

³² De conformidad con la regla 24 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*.

2. Artículo XX del GATT de 1994

10. A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que el artículo 609 se salía del ámbito del artículo XX. Los Estados Unidos subrayan que según las conclusiones fácticas del Grupo Especial y los hechos no controvertidos que constan en el expediente, el artículo 609 entra en el ámbito del preámbulo del artículo XX y del párrafo g) del mismo artículo y, en su defecto, del párrafo b) del citado artículo del GATT de 1994. El grupo incurrió asimismo en error al concluir que ese artículo constituye un medio de discriminación "injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones". El Grupo Especial interpreta el preámbulo del artículo XX en el sentido de que exige a los grupos que determinen si una medida constituye una "amenaza al sistema multilateral de comercio". Esta interpretación del artículo XX no tiene ninguna base en el texto del GATT de 1994, nunca ha sido adoptada por ningún grupo especial precedente ni por ningún informe del Órgano de Apelación y menoscabaría de manera inaceptable los derechos que el artículo XX reserva a los Miembros de la OMC.

11. Los Estados Unidos sostienen que las conclusiones del Grupo Especial no se basan en el sentido corriente ni en el contexto de la expresión "discriminación injustificable". La expresión plantea la cuestión de si una discriminación determinada es "justificable". Durante las actuaciones del Grupo Especial, los Estados Unidos justificaron las razones por las que el artículo 609 limitaba las importaciones de camarones de algunos países y no de otros: las tortugas marinas están amenazadas de extinción en todo el mundo; la mayoría de las naciones, incluidas las apeladas, reconocen la importancia de conservar la tortugas marinas; y la pesca de camarones sin utilizar los DET agrava singularmente el peligro de extinción de las tortugas marinas. En tales circunstancias, es perfectamente racional y está justificado que el artículo 609 establezca una distinción entre los países cuyas industrias camaroneras operan sin el empleo de DET, con el consiguiente peligro para las tortugas marinas, y los países cuyas industrias camaroneras emplean los DET para la captura del camarón.

12. A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial no examinó la justificación expuesta por los Estados Unidos para establecer una distinción entre los países pesqueros de camarones. Antes bien, el Grupo Especial formuló una pregunta diferente: ¿constituirían un "menoscabo para el sistema multilateral de comercio" la medida de los Estados Unidos y medidas similares que otros países pudieran adoptar? La distinción entre la "discriminación injustificable" -términos que utiliza el GATT de 1994- y la "amenaza al sistema multilateral de comercio" según los términos del Grupo Especial resulta esencial a juicio de los Estados Unidos y se plantea claramente en el párrafo 7.61 del informe del Grupo Especial, cuando se afirma que "incluso aunque la situación en que se encuentran las tortugas es grave, consideramos que los Estados Unidos adoptaron medidas que,

independientemente de su finalidad de protección del medio ambiente, constituían claramente una amenaza al sistema multilateral de comercio ...". Es fundamental y no cabe ignorar que la aplicación del artículo XX persigue una finalidad de protección medioambiental, especialmente desde el momento en que el *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*³³ (el "*Acuerdo sobre la OMC*") reconoce que las relaciones comerciales deben estar "de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible", y deben procurar "proteger y preservar el medio ambiente". Más aún, el artículo XX no define ni menciona el "sistema multilateral de comercio" ni condiciona los derechos del Miembro a adoptar medidas comerciales restrictivas sobre la base de sus efectos hipotéticos sobre ese sistema.

13. Al basar su análisis en la "amenaza al sistema multilateral de comercio", el Grupo Especial se aleja del sentido corriente del texto: si se puede justificar la aplicación de una medida en forma discriminatoria. En vez de ello, el Grupo Especial extiende el sentido corriente del texto a una investigación mucho más amplia y subjetiva. Como resultado de ello, el Grupo incluiría una obligación totalmente nueva en el marco del artículo XX del GATT de 1994: los Miembros no podrán adoptar medidas que produzcan determinados efectos en el sistema de comercio. Según el sentido corriente del texto, una medida de conservación del medio ambiente está suficientemente justificada si el objetivo de la conservación justifica una diferencia de trato entre los Miembros. Profundizar el estudio de sus efectos en el sistema de comercio es innecesario e incorrecto.

14. A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial tampoco tiene en cuenta el contexto del término "discriminación injustificable". El lenguaje empleado en el preámbulo del artículo XX indica que el preámbulo tiene por objeto impedir la aplicación abusiva de las excepciones con fines proteccionistas o discriminatorios. Ello concuerda con el criterio seguido por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional ("Estados Unidos - Gasolina")*³⁴ y con los trabajos preparatorios del GATT de 1947. En este contexto una supuesta "discriminación entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" no es "injustificable" cuando el objetivo de política de la excepción del artículo 20 aplicada sirva de base para la justificación.

15. En el contexto del sistema de solución de diferencias del GATT/OMC, cabe esperar que las medidas contempladas en el artículo XX conduzcan a una disminución del acceso a los mercados o a un trato discriminatorio. Interpretar la prohibición de la "discriminación injustificable" contenida en el preámbulo del artículo XX en un sentido excluyente de las medidas que disminuyan el acceso a los

³³ Hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994.

³⁴ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

mercados o den lugar a un "trato discriminatorio" borraría el artículo XX del GATT de 1994. El análisis que hace el Grupo Especial de la "amenaza al sistema multilateral de comercio" confunde equivocadamente la cuestión de si una medida reduce el acceso a los mercados con la cuestión distinta, derivada del preámbulo, de si, no obstante, esa medida es "justificable" según alguna de las excepciones generales del artículo XX. Lo que es correcto investigar según el preámbulo del artículo XX es si un argumento no proteccionista, como sería un argumento basado en el objetivo de política perseguido por la excepción aplicable del artículo XX, podría justificar una discriminación resultante de la medida. En este caso, la "discriminación" resultante de la medida tiene su base en el objetivo de conservación de la tortuga marina, al que presta su apoyo.

16. Los Estados Unidos sostienen asimismo que el Grupo Especial aplica incorrectamente el objetivo y el fin del Acuerdo de la OMC al interpretar el artículo XX del GATT de 1994. Constituye un error jurídico pasar de la observación de que el GATT de 1994 es un acuerdo comercial a la conclusión de que las preocupaciones comerciales deben prevalecer sobre cualesquiera otras preocupaciones en todas las situaciones que deriven de las normas del GATT. El propio lenguaje del artículo XX indica que los intereses de Estado protegidos en ese artículo "prevalecen" en cierto sentido sobre los objetivos del GATT de promover el acceso a los mercados.

17. Además el Grupo Especial no se apercibió de que la mayoría de los tratados no tienen un objeto y fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios. Así sucede particularmente con el *Acuerdo sobre la OMC*: Así, si bien en la primera cláusula del preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* se habla de acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, en la misma cláusula se reconoce también que las relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica en el marco del *Acuerdo sobre la OMC* deben permitir "la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible" y deben procurar "proteger y preservar el medio ambiente". De hecho, el Grupo Especial adoptó una visión unilateral del objeto y el fin del *Acuerdo sobre la OMC* al establecer un nuevo criterio que no aparece en el texto del Acuerdo.

18. Las bases adicionales -prosiguen los Estados Unidos- invocadas por el Grupo Especial en apoyo de su análisis de la "amenaza al sistema multilateral de comercio", es decir, la protección de las expectativas de los Miembros en cuanto a la relación competitiva entre sus productos y los productos de otros Miembros, la aplicación del principio de derecho internacional según el cual los tratados internacionales deben aplicarse de buena fe, y el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bélgica - Subsidios familiares*³⁵ no tienen fundamento alguno.

³⁵ Adoptado el 7 de noviembre de 1952, IBDD 1S/59.

19. Los Estados Unidos sostienen que el artículo 609 no amenaza el sistema multilateral de comercio. El Grupo Especial no llegó a la conclusión de que el artículo 609 constituya una amenaza *real* al sistema multilateral de comercio. Antes bien, el Grupo Especial concluyó que si otros países en otras circunstancias tuvieran que adoptar el mismo tipo de medidas que la adoptada en este caso por los Estados Unidos podría surgir una amenaza potencial para el sistema. Los Estados Unidos insisten en que al entrar en hipotéticas especulaciones sobre los efectos de otras medidas que pudieran adoptarse en situaciones diferentes, ignorando las circunstancias apremiantes del presente caso, el Grupo Especial violó la prescripción del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*³⁶ de que el artículo XX se deberá aplicar "caso por caso", examinando detenidamente los hechos específicos de cada caso. El análisis que hace el Grupo Especial de la "amenaza al sistema multilateral de comercio" añade una nueva obligación al artículo XX del GATT de 1994 y es incompatible con la función que debe desempeñar el Grupo Especial según el ESD y, en particular, el párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del mismo.

20. A juicio de los Estados Unidos, el artículo 609 establece una diferencia racional entre los países sobre la base del riesgo que presentan para las tortugas marinas amenazadas de extinción sus industrias de pesca del camarón con redes de arrastre. Considerando que el objetivo del preámbulo del artículo XX es tratar de evitar el abuso de las excepciones que figuran en el resto del artículo, toda evaluación de si una medida constituye una "discriminación injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" debe tener en cuenta si la diferencia de trato entre los países guarda relación con el objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX. Si una medida establece diferencias entre países sobre una base "legítimamente vinculada" con la política aplicada al amparo de la excepción del artículo XX, más que por razones proteccionistas, esa medida no supone un abuso de la correspondiente excepción del artículo XX.

21. Los Estados Unidos sostienen que su medida no trata de manera diferente a los países cuya industria de la pesca del camarón con redes de arrastre plantea riesgos similares a las tortugas marinas. Sólo las naciones que pescan camarones con redes de arrastre en aguas en las que existe la posibilidad de interceptar las tortugas marinas y que emplean medios mecánicos que perjudican a las tortugas marinas, están sometidas a las restricciones de importación. El Grupo Especial reconoció acertadamente que ciertas condiciones naturales relacionadas con la conservación de las tortugas marinas (por ejemplo, la circunstancia de que las tortugas marinas y los camarones coexistan en las aguas de un Miembro) y al menos ciertas condiciones relativas a la forma de capturar los camarones (por ejemplo, la recogida manual o mecánica de las redes de camarones) son factores pertinentes para la aplicación del preámbulo del artículo XX. Sin embargo, el Grupo Especial llegó a la conclusión de

³⁶ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

que otra condición relativa a la forma de capturar los camarones -es decir, si un país exige que sus pescadores de camarones utilicen DET- no constituye una base con arreglo al preámbulo para tratar a los países de manera diferente. A juicio del Grupo, la diferencia de trato basada en la adopción o no adopción de DET por un país es "injustificable".

22. Los Estados Unidos creen que el análisis utilizado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina*³⁷ lleva a la conclusión de que el artículo 609 no constituye una "discriminación injustificable". El artículo 609 se aplica con un criterio estricto y de manera imparcial. Los Estados Unidos no aplican a los pescadores extranjeros de camarones normas de conservación de la tortuga marina diferentes de las que aplican a sus propios pescadores. Además, los Estados Unidos han adoptado medidas para prestar asistencia a los pescadores extranjeros de camarones en la adopción de medidas de conservación y han iniciado actividades de transferencia de tecnología de los DET a los gobiernos e industrias de otros países, incluidos los apelados. Más aún, el alcance del artículo 609 es limitado y se centra en la conservación de la tortuga marina.

23. Durante las actuaciones del Grupo de Trabajo, los Estados Unidos presentaron "pruebas convincentes", refrendadas por cinco expertos independientes, de que el artículo 609 era una medida de conservación *bona fide* al amparo del artículo XX, imbuida del propósito de conservar una especie amenazada de extinción. Sostener las conclusiones del Grupo Especial cambiaría de manera inadmisiblemente los términos básicos del trato a que llegaron los Miembros de la OMC al dar su acuerdo al GATT de 1994. Más aún, refrendar la aprobación por el Grupo de Trabajo de un criterio vago y subjetivo como es la "amenaza al sistema multilateral de comercio" alteraría radicalmente el papel asignado a los grupos especiales por el ESD y podría cuestionar la legitimidad del proceso de solución de diferencias de la OMC.

24. Los Estados Unidos afirman que ni ellos ni los apelados han impugnado las decisiones del Grupo Especial de examinar en primer lugar el preámbulo del artículo XX y no tocar las cuestiones relacionadas con los párrafos b) y g) del artículo XX. Como el Grupo Especial no llegó a ninguna conclusión sobre la aplicación de los párrafos b) y g) del artículo XX, no hay ninguna conclusión que impugnar al respecto. En consecuencia, las cuestiones relativas a la aplicación de los párrafos b) y g) del artículo XX no se presentan inicialmente al Órgano de Apelación. Sin embargo, los Estados Unidos coinciden con los apelados colectivos en que el Órgano de Apelación puede ocuparse de los párrafos b) y g) del artículo XX si llega a la conclusión de que el artículo 609 satisface los criterios del preámbulo del artículo XX. En tal caso, los Estados Unidos sostienen que el párrafo g) del artículo XX debería aplicarse en primer lugar por ser la "más pertinente" de las excepciones del

³⁷ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

artículo XX y que sólo se deberían abordar las cuestiones relacionadas con el párrafo b) del artículo XX si se considerara inaplicable el párrafo g) del mismo artículo. Los Estados Unidos incorporan por referencia y resumen brevemente las comunicaciones que hicieron al Grupo Especial en relación con los párrafos b) y g) del artículo XX.

25. La pretensión esencial de los Estados Unidos es que el artículo 609 satisface todos los elementos requeridos por el párrafo g) del artículo XX. Las tortugas marinas son importantes recursos naturales. Son también un recurso natural agotable, puesto que todas las especies de tortugas marinas, incluidas las que se hallan en aguas de los apelados, corren el riesgo de extinción. Todas las especies de tortugas marinas fueron incluidas en 1975 en el Apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres³⁸ ("CITES") y otros acuerdos internacionales reconocen también las amenazas que pesan sobre las tortugas marinas.³⁹ En el párrafo 7.58 de su informe, el Grupo Especial señalaba: "Las partes en la diferencia no objetan el carácter de especies amenazadas de las tortugas marinas mencionadas en el Apéndice I [de la CITES] ni la necesidad de protegerlas."

26. Los Estados Unidos sostienen que el artículo 609 "es relativo a" la conservación de las tortugas marinas. Existe una "relación sustancial" entre el artículo 609 y la conservación de las tortugas marinas. Las redes de arrastre para la pesca de camarones son una de las principales causas de muerte de las tortugas marinas provocada por el ser humano y los DET son sumamente eficaces para impedir esa mortalidad. El Grupo Especial señaló que "los DET, correctamente instalados y utilizados, constituirían un instrumento eficaz para la preservación de las tortugas marinas".⁴⁰ Al fomentar el uso de los DET, el artículo 609 promueve la conservación de las tortugas marinas.

27. Los Estados Unidos sostienen que el artículo 609 se aplica "conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales", en el sentido del párrafo g) del artículo XX. Los Estados Unidos obligan a sus barcos de pesca de camarones con redes de arrastre que operan en aguas donde existe la posibilidad de interceptar tortugas marinas a utilizar DET en todo momento y el artículo 609 aplica normas comparables a los camarones importados. El artículo 609 es también una norma

³⁸ Hecha en Wáshington el 3 de marzo de 1973, 993 U.N.T.S. 243, 12 International Legal Materials 1085.

³⁹ Los Estados Unidos afirman que todas las especies de tortugas marinas, excepto la tortuga kikila o franca oriental, están incluidas en los Apéndices I y II de la Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, hecha en Bonn el 23 de junio de 1979, 19 International Legal Materials 15; y en el Apéndice II del Protocolo relativo a las zonas y la fauna y flora silvestres especialmente protegidas por el Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino en la región del Gran Caribe, 29 de marzo de 1983, TIAS N° 11085.

⁴⁰ Los Estados Unidos se remiten al informe del Grupo Especial, párrafo 7.60, nota 674.

"imparcial": cualquier nación puede recibir el certificado oportuno, y evitar de esta manera la restricción de las exportaciones de camarones a los Estados Unidos, si en las faenas de pesca satisface criterios de conservación de las tortugas marinas comparables a los criterios aplicables en los Estados Unidos. En cuanto a las naciones cuyos pesqueros de camarones con redes de arrastre operen en aguas donde existe la posibilidad de interceptar las tortugas marinas, el artículo 609 prevé su certificación cuando esas naciones adopten prescripciones para la utilización de DET comparables a las vigentes en los Estados Unidos.

28. Los Estados Unidos sostienen además que el artículo 609 es una medida "necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales", según los términos del párrafo b) del artículo XX. El artículo 609 trata de proteger y conservar la vida y la salud de las tortugas marinas al exigir que los camarones importados por los Estados Unidos no hayan sido pescados de una forma que perjudique a las tortugas marinas. El artículo 609 es "necesario" en dos sentidos. En primer lugar, los esfuerzos para reducir la mortalidad de las tortugas marinas son "necesarios" porque todas las especies de tortugas marinas están amenazadas de extinción. En segundo lugar, el artículo 609 en relación con el uso de DET es "necesario" porque otras medidas de protección de las tortugas marinas no son suficientes para conjurar el peligro de su extinción inminente.

B. India, Pakistán y Tailandia - Apelados colectivos

1. Información no solicitadas a las organizaciones no gubernamentales

29. Los apelados colectivos sostienen que la decisión del Grupo Especial por la que rechaza la información no solicitada es correcta y debe mantenerse. Según los apelados colectivos, los Estados Unidos interpretan incorrectamente el artículo 13 del ESD al sostener que nada de lo dispuesto en el ESD impide a los Grupos Especiales examinar información simplemente por el hecho de que la información no haya sido solicitada. El Grupo Especial señaló con acierto que "de conformidad con el artículo 13 del ESD, la iniciativa de recabar información y seleccionar la fuente de información corresponde al Grupo Especial."⁴¹ Del artículo 13 se desprende claramente que los Miembros han optado por establecer un sistema formal para recabar información, que deja a la discreción de cada grupo especial la determinación de la información que necesita para solucionar una diferencia. Los grupos especiales no tienen la obligación de examinar la información no solicitada y los Estados Unidos incurren en error al sostener lo contrario.

⁴¹ Los apelados colectivos se remiten al punto 7.8 del informe del Grupo Especial.

30. Según los apelados colectivos cuando un grupo especial solicita información a una persona física o jurídica situada en la jurisdicción de un Miembro ese grupo especial tiene la obligación de informar a las autoridades de ese Miembro. Ello demuestra que el Grupo Especial mantiene el control de la información solicitada y también que está obligado a informar a los Miembros de sus actividades. El proceso aceptado por los Miembros se desarrolla necesariamente en tres etapas: la decisión del grupo especial de recabar asesoramiento técnico; la notificación a un Miembro de que se recaba ese asesoramiento dentro de su jurisdicción; y el examen del asesoramiento recabado. A juicio de los apelados colectivos, la interpretación ofrecida por los Estados Unidos eliminaría las dos primeras etapas, privando con ello al grupo especial de su derecho a decidir si necesita información complementaria y qué tipo de información debe solicitar; y privando a los Miembros igualmente de su derecho a saber que se pide información a fuentes situadas dentro de su jurisdicción.

31. Los apelados colectivos se remiten al apéndice 3 del ESD, en el que se establecen los procedimientos de trabajo de los grupos especiales, y especialmente a sus párrafos 4 y 6, que limitan el derecho a presentar comunicaciones escritas a los Grupos Especiales, a las partes en la diferencia y a los terceros interesados. De estas disposiciones deducen los apelados colectivos que los Miembros que no son partes o terceros interesados no tienen derecho a presentar comunicaciones escritas. A juicio de los apelados colectivos no sería lógico interpretar el ESD en el sentido de que concede el derecho a presentar comunicaciones escritas no solicitadas a alguien que no sea Miembro, cuando muchos Miembros no disfrutan de un derecho similar.

32. Los apelados colectivos sostienen que, llevado a su conclusión lógica, el argumento del apelante arrojaría sobre los grupos especiales un diluvio de información no solicitada de todo el mundo. Esa información podría ser fuertemente parcial si se permitiera a los nacionales de los Miembros involucrados en una diferencia proporcionar información no solicitada. Sostienen que ello no mejoraría el mecanismo de solución de diferencias y únicamente aumentaría la labor administrativa de una Secretaría ya sobrecargada.

33. Los apelados colectivos aducen igualmente que las partes en las actuaciones de un grupo especial podrían sentirse obligadas a responder a todas las comunicaciones no solicitadas ante la posibilidad de que alguna de ellas despierte la atención de un miembro del grupo especial. Las garantías procesales exigen que las partes conozcan las comunicaciones que el grupo especial se propone examinar y que se brinde a todas las partes la oportunidad de responder a todas las comunicaciones. Por último, como el párrafo 6 del artículo 12 del ESD establece que las posteriores comunicaciones escritas de las partes se presenten simultáneamente, si se permite a una parte adjuntar notas *amicus curiae* a su segunda comunicación, otras partes pueden verse privadas de su derecho a responder y ser oídas.

2. El artículo XX del GATT de 1994

34. Los apelados colectivos sostienen que la decisión del Grupo Especial sobre el preámbulo del artículo XX es correcta y debe ser confirmada por el Órgano de Apelación. Subrayan que el apelante no impugna ni la conclusión del Grupo Especial de que la sección 609 viola el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 ni la decisión del Grupo Especial de examinar el preámbulo del artículo XX antes que los apartados b) o g) de ese artículo. Tampoco discuten los Estados Unidos que sean ellos quienes deben probar que esta medida entra dentro del artículo XX. Los Estados Unidos ponen en entredicho que la aplicación del preámbulo del artículo XX tenga por objeto, como supuestamente sostiene el Grupo Especial, protegerse contra una "amenaza al sistema multilateral de comercio", y sostienen que el Grupo Especial ha elaborado una "interpretación", "criterio" o "análisis" nuevos del preámbulo para invalidar el artículo 609, disminuyendo así de manera inaceptable los derechos de los Miembros de la OMC. Según los apelados colectivos, el argumento del apelante carece de fundamento y deriva de una interpretación errónea de la decisión del Grupo Especial. El Grupo Especial no se ha inventado ninguna "interpretación", "criterio" o "análisis" nuevos ni tampoco ha interpretado el término "injustificable" en el sentido de que signifique "una amenaza al sistema multilateral de comercio". Antes bien, el Grupo Especial ha tomado una decisión bien fundamentada y plenamente apoyada por el *Acuerdo sobre la OMC*, la práctica del GATT/OMC y las normas de interpretación aceptadas y recogidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁴² (la "Convención de Viena").

35. Los apelados colectivos arguyen que el error del artículo 609 y del argumento del apelante está en su incapacidad de aceptar que condicionar el acceso de un determinado producto a los mercados a la adopción de ciertas políticas por parte de los Miembros exportadores puede constituir una violación del *Acuerdo sobre la OMC*. Todo Miembro debe buscar soluciones multilaterales para los problemas que el comercio pueda plantear al medio ambiente. La amenaza al sistema multilateral de comercio citada por el Grupo Especial no guarda relación alguna con el apoyo que presta el apelante a los DET o a la conservación de las tortugas. La amenaza es mucho más simple: los Estados Unidos han hecho un uso indebido del artículo XX al desarrollar unilateralmente una política comercial e imponer unilateralmente esta política a través de un embargo comercial, en vez de proceder por la senda multilateral. El sistema multilateral de comercio se basa en la cooperación multilateral. Si cada Miembro de la OMC fuera libre de aplicar sus propias soluciones de política comercial a los que considera problemas ambientales, el sistema multilateral de comercio dejaría de existir. Al evitar el abuso del artículo XX, su preámbulo sirve de protección contra las amenazas al sistema multilateral de comercio. Por consiguiente, la prevención de los abusos y la prevención de las

⁴² Hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 33; 8 International Legal Materials 679.

amenazas al sistema multilateral de comercio van indisolublemente unidos al objeto, fines y metas del artículo XX del GATT de 1994.

36. Los apelados colectivos sostienen que sobre la base de su interpretación del término "injustificable" del preámbulo y a la luz del objeto y el fin del artículo XX del GATT de 1994 y del *Acuerdo sobre la OMC*, el Grupo Especial concluyó que el preámbulo del artículo XX permite a los Miembros apartarse de las disposiciones del GATT, pero prohíbe las desviaciones que constituyan un uso indebido de las excepciones contenidas en el artículo XX, lo cual socavaría el sistema multilateral de comercio de la OMC. Según los apelados colectivos, lo que el apelante describe como un "criterio" de justificación no es más que una reafirmación del principio de que el objeto y el fin del preámbulo es impedir el abuso de las excepciones del artículo XX, especificando con mayor claridad los resultados que podrían derivarse de ese abuso. A la luz de la práctica pasada y reciente del GATT/OMC y, en particular, del informe del grupo especial sobre el asunto *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*⁴³, el Grupo Especial interpretó correctamente el preámbulo, al decir que su objeto y fin es evitar el abuso de las excepciones del artículo XX y al asociar la prevención de ese abuso a la conservación del sistema multilateral de comercio.

37. A juicio de los apelados colectivos, la decisión del Grupo Especial refleja los razonamientos del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*⁴⁴ y es, por consiguiente, correcta. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina* el Órgano de Apelación hizo tres pronunciamientos que influyeron en la conclusión del Grupo Especial: en primer lugar, que el preámbulo del artículo, por sus términos explícitos, se refiere no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica⁴⁵; en segundo lugar, que importa por consiguiente subrayar que la finalidad y objeto de las cláusulas introductorias del artículo XX es en general evitar el abuso de las excepciones previstas en el artículo XX⁴⁶; y en tercer lugar, que el Órgano de Apelación previno contra la aplicación de las excepciones previstas en el artículo XX de manera que "frustren o anulen" las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud del GATT de 1994.⁴⁷

⁴³ No adoptado, DS29/R, 16 de junio de 1994, párrafo 5.26.

⁴⁴ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

⁴⁵ *Estados Unidos - Gasolina*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 26.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

38. Los apelados colectivos señalan que al examinar el artículo 609 el Grupo Especial prestó particular atención a la manera en que el embargo se aplica y advirtió que el apelante condicionaba el acceso a los mercados a la adopción por los Miembros exportadores de políticas de conservación comparables a las suyas propias. El Grupo Especial advirtió también que los Estados Unidos no habían entrado en negociaciones antes de prohibir las importaciones. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el artículo 609 hacía un uso indebido del artículo XX y planteaba una amenaza al sistema multilateral de comercio. El Grupo Especial situó la prevención del abuso del artículo XX en pie de igualdad con la prevención de medidas que "frustren o dejen sin efecto los fines y objetivos del Acuerdo General y del Acuerdo sobre la OMC ni las obligaciones que le corresponden en virtud de las normas sustantivas del GATT abusando de la excepción contenida en el artículo XX".⁴⁸ En apoyo de su conclusión, el Grupo Especial se remitió a los principios pertinentes de buena fe y *pacta sunt servanda* y al informe del grupo especial sobre el asunto *Bélgica - Subvenciones familiares*.⁴⁹

39. Si el Órgano de Apelación decide revocar las conclusiones del Grupo Especial sobre el preámbulo del artículo XX, los apelados colectivos pedirán al Órgano de Apelación que establezca que el artículo 609 se aplica "en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional", en violación del preámbulo del artículo XX. Consecuente con su decisión en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*⁵⁰, el Órgano de Apelación debería examinar la forma en que se ha aplicado el artículo 609 y decidir si una excepción del artículo XX se aplica indebidamente de una forma que frustra o deja sin efecto los derechos sustantivos reconocidos a los apelados colectivos por el GATT de 1994.

40. Los apelados colectivos sostienen que incluso dejando aparte la "amenaza al sistema multilateral de comercio", según los términos utilizados por el Grupo Especial, existen "pruebas convincentes" en el expediente de que el apelante abusó del artículo XX y sus excepciones. Los apelados colectivos sostienen que este abuso adopta diversas formas, que cada caso es "grave" y suficiente, por sí mismo, para apoyar la conclusión de que el artículo 609 se ha aplicado de una manera abusiva que frustra los derechos sustantivos que el *Acuerdo sobre la OMC* reconoce a los apelados.

41. En primer lugar, el artículo 609 se aplicó sin haber hecho un serio esfuerzo por llegar a una solución de cooperación multilateral con los apelados colectivos. La importancia del multilateralismo

⁴⁸ Los apelados colectivos se remiten al informe del Grupo Especial, párrafo 7.40.

⁴⁹ Adoptado el 7 de noviembre de 1952, IBDD IS/59.

⁵⁰ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

debe ser clara para los Estados Unidos ya que forma parte integrante del artículo 609, ha sido invocado en numerosas reuniones del GATT y de la OMC, se refleja en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD y en el principio 12 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo⁵¹ y fue subrayado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina*.⁵² A juicio de los apelados colectivos, la violación del preámbulo que los Estados Unidos cometieron en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, es la misma violación que han cometido en esta diferencia.

42. En segundo lugar, los Estados Unidos introdujeron una discriminación inadmisibles entre los países exportadores y entre los países exportadores y los Estados Unidos, que adoptó, entre otras, las siguientes formas: a) "el Grupo Especial constató que el apelante había negociado un acuerdo para proteger y conservar las tortugas marinas con algunos Miembros de la OMC pero que no había propuesto la negociación de un acuerdo de esa naturaleza con los ... apelados hasta que concluyeran sus negociaciones con los otros Miembros. El Grupo Especial constató asimismo que el artículo 609 se aplicaba ya a los apelados en el momento de proponerse esas negociaciones"; b) "los períodos de introducción progresiva de utilización de los DET diferían según los países de que se tratara. Los países afectados inicialmente dispusieron de tres años para esa introducción progresiva, en tanto que los países recientemente afectados sólo contaron con cuatro meses para modificar sus sistemas de pesca del camarón"; y c) el artículo 609 establece una discriminación "entre productos basados en procesos y métodos de producción no relacionados con ellos".

43. En tercer lugar, los apelados colectivos sostienen que la argumentación del apelante incurre en error al interpretar partes esenciales del preámbulo y del informe del Grupo Especial. El apelante parte de la idea de que las conclusiones del Grupo Especial no se basan en el sentido corriente de la expresión "discriminación injustificable" en el contexto en que aparece. El apelante sugiere también que el único objeto y fin del preámbulo es evitar la "protección indirecta". Esta interpretación se contradice con la práctica reciente de la OMC. El informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*⁵³ sostiene la proposición de que "discriminación injustificable" tiene un significado más amplio que "protección indirecta". En efecto, el apelante señala que la justificación se debe determinar por referencia a la excepción del artículo XX específicamente invocada. Si la discriminación se justificara simplemente sobre la base de los objetivos de política de la excepción particular invocada, todas las medidas comerciales que cumplen los requisitos de una excepción del artículo XX satisfarían, *ipso facto*, los requisitos del preámbulo. El preámbulo quedaría desprovisto

⁵¹ Documento de las Naciones Unidas A/CONF.151/5/Rev.1, 13 de junio de 1992, 31 International Legal Materials 874.

⁵² Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 31 y 32.

⁵³ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

de todo significado -en violación de la norma comúnmente aceptada sobre la interpretación de los tratados, que requiere que se atribuya un significado y un efecto a todos los términos del tratado. Los principios enunciados por el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina* quedarían también anulados.

44. Los apelados colectivos sostienen que tanto el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*⁵⁴ como el Grupo Especial en el presente caso han reconocido que el preámbulo del artículo XX debe interpretarse a la luz del objeto y fin del *Acuerdo sobre la OMC*. Ello no supone la reincorporación de disposiciones sustantivas del GATT en el análisis que se haga a través del preámbulo; más bien significa que la propuesta desviación del artículo XX se debe examinar desde la perspectiva de los objetivos más amplios de política del *Acuerdo sobre la OMC*. El Grupo Especial definió dos de esos objetivos: tratar de encontrar soluciones para los problemas comerciales en el marco de la cooperación y evitar el riesgo de la posible aparición de una multiplicidad de prescripciones comerciales contradictorias justificadas cada una de ellas por referencia al artículo XX. El artículo 609 compromete ambos objetivos y plantea una amenaza al sistema multilateral de comercio.

45. Si el Órgano de Apelación decide revocar las conclusiones legales del Grupo Especial con respecto al preámbulo del artículo XX y dictamina que el artículo 609 satisface los requisitos de ese preámbulo, los apelados colectivos piden al Órgano de Apelación que formule conclusiones legales sobre los apartados b) y g) del artículo XX del GATT de 1994. Incorporan por referencia sus comunicaciones al Grupo Especial respecto de la interpretación de los párrafos b) y g) del artículo XX, señalando al mismo tiempo que existen razones convincentes para seguir el criterio interpretativo adoptado por el Grupo Especial al examinar el preámbulo en primer lugar. Por una parte el concepto de economía judicial favorece ese análisis y, por otra, ninguno de los participantes ha discutido en sus comunicaciones el criterio interpretativo del Grupo Especial (aunque, señalan los apelados colectivos, un tercer participante, Australia, hizo observaciones desaprobatorias de este criterio).

C. *Malasia – Apelado*

1. Información no solicitada a las organizaciones no gubernamentales

46. Malasia sostiene que el Grupo Especial actuó correctamente sobre esta cuestión y que su decisión debe ser mantenida pues no hay nada en el ESD que *permita* la admisión de comunicaciones no solicitadas a organizaciones no gubernamentales. Malasia no está de acuerdo con los Estados

⁵⁴ *Ibid.*

Unidos en que no hay nada en el ESD que *prohiba* a los grupos especiales examinar la información solamente porque esa información no ha sido solicitada. Según el artículo 13 del ESD, el requisito previo para la invocación de esa disposición es que el grupo especial debe "recabar" la información. A juicio de Malasia, el Grupo Especial señaló acertadamente que la iniciativa de recabar información y seleccionar la fuente de información corresponde al Grupo Especial. El Grupo Especial podría no examinar la información no solicitada. En otro caso, si el Órgano de Apelación acepta el argumento de los Estados Unidos de que los grupos especiales pueden aceptar comunicaciones *amicus curiae*, los miembros de los grupos especiales deben tener plena libertad de leerlas o no leerlas. La decisión de un grupo especial de no leer esas comunicaciones no puede constituir un error de procedimiento ni influir en las conclusiones de un grupo especial.

2. Artículo XX del GATT de 1994

47. Malasia sostiene que la decisión del Grupo Especial sobre el artículo XX del GATT de 1994 constituye una visión equilibrada de las disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC*, las normas de la interpretación de los tratados y la práctica del GATT. El apelante hace una interpretación desacertada de las conclusiones del Grupo Especial: el Grupo Especial no aludió en modo alguno a la supremacía de las preocupaciones comerciales sobre las preocupaciones no comerciales y no dejó de reconocer que la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin únicos y precisos sino una variedad de diferentes objetos y fines. De hecho, el Grupo Especial citó el primero, el segundo y el tercer párrafos del preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, que hacen referencia a diferentes objetos y fines. Además, a juicio de Malasia, el apelante aplica erróneamente el principio contenido en el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*⁵⁵ a los hechos del caso e incurre en el error al interpretar la aplicación por el grupo especial del informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Bélgica - subsidios familiares*.⁵⁶

48. A juicio de Malasia, al basar el Grupo Especial su análisis en la "amenaza al sistema multilateral de comercio" no sigue un criterio nuevo, sino que de hecho reafirma el criterio que ya había adoptado de que no se permite a los Miembros recurrir a medidas que menoscaben el sistema multilateral de comercio y de este modo abusen de las excepciones contenidas en el artículo XX. El propio Grupo Especial afirma que sus conclusiones son el resultado de la aplicación de los métodos interpretativos requeridos por el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y que su proceso de interpretación no aumenta las obligaciones de los Miembros en violación del párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

⁵⁵ Adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS50/AB/R.

⁵⁶ Adoptado el 7 de noviembre de 1952, IBDD 1S/59.

49. Malasia señala igualmente que el Grupo Especial tiene pruebas fácticas de que la prohibición de importaciones se aplica incluso a los camarones capturados con DET, en tanto el país no haya recibido el oportuno certificado; la certificación sólo se concede si el país exportador afectado aplica todas las prescripciones generales en cuanto a la utilización de DET por los barcos pesqueros o si las operaciones de pesca de arrastre del país exportador sólo tienen lugar en aguas en las que no viven las tortugas marinas. Sobre la base de esas constataciones, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la medida de los Estados Unidos constituye una discriminación injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones.

50. Malasia opina que el Grupo Especial se basó en gran medida en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Gasolina*.⁵⁷ Aunque la exigencia de utilizar DET se aplica tanto a los arrastreros de camarones de Estados Unidos como a los extranjeros, Malasia sostiene que el artículo 609 viola la prohibición contenida en el preámbulo del artículo XX de establecer una "discriminación injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones": no todas las especies de tortugas marinas que contempla el artículo 609 y que se encuentran en Malasia y los Estados Unidos son iguales: la tortuga lora o cotorra y la tortuga boba o caguama que se dan en los Estados Unidos tienen una presencia mínima o nula en las aguas de Malasia; los hábitats de estas tortugas no coinciden con las zonas de pesca del camarón con redes de arrastre en Malasia; ciertos países que han sido eximidos de la obligación de utilizar DET capturan tortugas marinas con fines comerciales y explotan sus huevos; y es distinto el tiempo concedido a los países para adaptarse a las prescripciones del artículo 609.

51. En respuesta a la declaración del apelante de que ha tomado disposiciones para ayudar a los pescadores extranjeros de camarones a adoptar medidas de conservación de las tortugas, Malasia afirma que no ha habido transferencia de tecnología de los DET al Gobierno y a las industrias de Malasia, aparte de la participación de Malasia en una reunión regional.

52. Las comunicaciones sobre cuestiones jurídicas derivadas de los párrafos b) y g) del artículo XX han sido examinadas por el Grupo Especial en los párrafos 3.213, 3.218-3.221, 3.231, 3.233, 3.236, 3.240, 3.247, 3.257, 3.266, 3.271, 3.275, 3.286-3.288 y 3.293 del informe del Grupo Especial.

⁵⁷ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

D. Argumentos de terceros participantes

1. Australia

53. Australia señala que, en lo que respecta a las comunicaciones no solicitadas presentadas al Grupo Especial por las organizaciones no gubernamentales, los Estados Unidos parecen sugerir que la interpretación jurídica que el Grupo Especial hace de las disposiciones del ESD limitaría las facultades discrecionales que el ESD confiere a los grupos especiales para elegir las fuentes de información que deberían tener en cuenta. Con todo, en opinión de Australia, en el Informe del Grupo Especial no hay ningún indicio de que el Grupo Especial haya visto obstáculos jurídicos para solicitar información de fuentes no gubernamentales, si así lo hubiese deseado. Aparentemente, la decisión del Grupo Especial de no recabar tal información fue reflejo del ejercicio de las facultades que le confiere el ESD y no resultado de ningún obstáculo jurídico por él percibido. Australia señala que los Estados Unidos no han alegado que el ejercicio por parte del Grupo Especial de sus facultades discrecionales en relación con este asunto fuese inapropiado o implicase un error de derecho.

54. Australia estima que el Grupo Especial concluyó correctamente que el artículo 609 constituye una "discriminación injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones". No obstante, Australia apoya la apelación presentada por los Estados Unidos contra la conclusión del Grupo Especial según la cual la aplicación del artículo 609 "no está comprendida entre las medidas autorizadas en virtud del preámbulo del artículo XX". Australia alega que el Órgano de Apelación debería completar el análisis a la luz del artículo XX y concluir que los Estados Unidos no han demostrado que su medida está en conformidad con el artículo XX, incluidas las disposiciones del preámbulo. A Australia le preocupa que los Estados Unidos hayan tratado de imponer una medida de conservación determinada de forma unilateral mediante restricciones al comercio, sin estudiar la posibilidad de trabajar en colaboración con otros países con miras a identificar las inquietudes compartidas a nivel internacional con respecto a la conservación de las tortugas marinas y de analizar las maneras de hallar una solución a las mismas. En consecuencia, los Estados Unidos han impuesto el artículo 609 en forma que constituye una discriminación injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones, así como una restricción encubierta al comercio internacional.

55. Australia concuerda con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no interpretó los términos del preámbulo del artículo XX, que establece que las medidas no deben aplicarse en forma que constituya "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" en consonancia con las normas que habitualmente se aplican a la interpretación del derecho internacional público y, más concretamente, que no las interpretó sobre la base de su sentido corriente y en su contexto.

56. A juicio de Australia, la decisión del Grupo Especial de examinar primero si el artículo 609 se ajustaba a los requisitos establecidos en el preámbulo, antes de analizar si cumplía los requisitos de alguno de los párrafos del artículo XX, puede no haber constituido necesariamente un error de derecho, aunque contribuyó a que el Grupo Especial incurriera en error en su examen del artículo 609 a la luz del artículo XX. Australia alega que es preferible iniciar el examen de las cuestiones jurídicas planteadas por el artículo XX estudiando el objetivo de política general inherente a la medida, así como la conexión entre tal objetivo y la medida, antes de pasar a centrarse en el preámbulo. Este proceder permitiría examinar todos los aspectos del asunto que pueden ser pertinentes para establecer si una determinada medida cumple los requisitos previstos en el preámbulo. En el texto del artículo XX, leído en este contexto y a la luz del objeto y fin del GATT de 1994 y del *Acuerdo sobre la OMC*, no hay nada que sugiera la intención de excluir determinadas clases o tipos de medidas de su campo de aplicación. El Grupo Especial incurrió en error de derecho al llevar a cabo este estudio generalizado. A tenor de sus términos, el artículo XX únicamente parece aplicable solamente caso por caso.

57. El artículo XX contiene una serie de criterios concebidos para garantizar que sus disposiciones no puedan ser objeto de abuso. Debe existir la presunción de que las medidas que cumplan los requisitos del artículo XX no "menoscaben el sistema multilateral de comercio de la OMC". Según Australia, el texto no ofrece ninguna base para interpretar la expresión "discriminación injustificable" de una manera tan amplia que se convierta en un criterio independiente para esta cuestión. Según la interpretación del Grupo Especial, el preámbulo del artículo XX podría servir para anular los efectos de los párrafos de dicho artículo, en lugar de constituir una garantía contra su abuso.

58. Australia concuerda con los Estados Unidos en que la interpretación del Grupo Especial de lo que constituye una "discriminación injustificable" se basa en una interpretación y una aplicación incorrectas del objeto y fin del *Acuerdo sobre la OMC* al interpretar el GATT de 1994. La visión que el Grupo Especial ha proyectado respecto de la relación existente entre los objetivos del sistema multilateral de comercio de la OMC y las consideraciones de índole ambiental está en contradicción con la Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente.⁵⁸

59. Al mismo tiempo, en opinión de Australia, la interpretación alternativa de lo que constituye una "discriminación injustificable" formulada por los Estados Unidos -a saber, que una discriminación no es "injustificable" cuando la aplicación del objetivo de política general recogido en la excepción del artículo XX proporciona una base para su justificación- es errónea. Tal interpretación debilitaría

⁵⁸ Adoptada por los Ministros en la reunión del Comité de Negociaciones Comerciales celebrada el 14 de abril de 1994, en Marrakech.

la importante salvaguardia que constituye el preámbulo del artículo XX contra el abuso o el uso ilegítimo de las excepciones de dicho artículo. Además, esa interpretación confunde los criterios aplicados en los dos niveles del artículo XX, no da efecto a todos los términos del tratado y no está basada en el sentido corriente de la expresión "discriminación injustificable" en su contexto y a la luz del objeto y fin del *Acuerdo sobre la OMC* y del GATT de 1994.

60. Australia mantiene que los Estados Unidos aplican el artículo 609 en forma que constituye una discriminación injustificable y una restricción encubierta al comercio internacional. Australia observa que la única justificación que parecen esgrimir los Estados Unidos para la aplicación del artículo 609 es que ésta es necesaria para imponer una medida de conservación determinada de forma unilateral. Australia, en cambio, alega que los Estados Unidos no han demostrado que hayan analizado adecuadamente los medios para calmar sus preocupaciones por las prácticas de pesca de camarón y de conservación de las tortugas en otros países, mediante la cooperación con los gobiernos en cuestión.

61. En opinión de Australia, el artículo 609 no establece una diferenciación razonable y adecuada entre los países, basada en los riesgos que entraña para las tortugas marinas la pesca del camarón en los países exportadores. El Grupo Especial se centró en las exportaciones de camarón pescado en el mar, y resulta engañoso sugerir que formuló conclusiones sobre si prevalecían las mismas condiciones en ciertas otras circunstancias con respecto al camarón no sujeto a la prohibición de importación. Además, los Estados Unidos no han facilitado prueba alguna de que hayan tenido en cuenta las opiniones de otros países sobre las cuestiones relacionadas con la conservación de las tortugas marinas dentro de sus jurisdicciones o sus respectivos programas nacionales, al establecer cuáles eran "los países en que prevalecen las mismas condiciones". En particular, los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba de que hayan estudiado la posibilidad de que otros Miembros tal vez estuviesen aplicando programas de conservación de las tortugas marinas que, si bien diferían del de los Estados Unidos, eran comparables y adecuados para sus propias circunstancias. Australia alega que los Estados Unidos rechazaron otorgar una certificación a Australia amparándose en el artículo 609, si bien el régimen australiano de conservación de las tortugas marinas tiene un alcance "más amplio que la simple protección de las tortugas contra las redes utilizadas para pescar camarón" e incluye "programas de cooperación con la industria del camarón para limitar las capturas accidentales".

62. A juicio de Australia, en virtud de las obligaciones legales que le corresponden con arreglo al preámbulo del artículo XX, los Estados Unidos debían haber estudiado adecuadamente los medios de paliar la aplicación discriminatoria y con efectos comerciales restrictivos de dicha medida. En particular, dado el carácter transfronterizo y mundial de las preocupaciones ambientales implicadas en

esta diferencia, los Estados Unidos debían haber consultado a los Miembros afectados para averiguar si hubiese sido posible evitar la discriminación impuesta por esa medida, si se requerían restricciones del comercio, si cabía recurrir a otras soluciones y si se podía haber reducido la incidencia de alguna de las medidas comerciales.

2. Ecuador

63. El Ecuador apoya la conclusión del Grupo Especial de que el artículo 609 es incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 y no se puede justificar al amparo del artículo XX del mismo Acuerdo. El Ecuador participa en esa diferencia en calidad de tercero con objeto de defender principios básicos, tales como el principio según el cual las relaciones entre los Estados deberían establecerse sobre la base del derecho internacional -puesto que es inaceptable que un Estado imponga sus objetivos de política interna a otros Estados-, así como la observancia de principios y aspectos más específicos recogidos en los acuerdos por los que se rige el sistema multilateral de comercio, entre los que cabe citar la no discriminación en lo que respecta al trato nacional, la protección del medio ambiente y la aplicación de una política medioambiental.

64. Según el Ecuador, esta diferencia no se centra en la conveniencia de aplicar algún tipo de política de conservación, aspecto éste al que el Ecuador concede la máxima importancia, sino más bien en la manera en que se debería aplicar tal política. Es inaceptable que la legislación interna se aplique de manera arbitraria, provocando un elevado grado de incertidumbre, con su consiguiente perjuicio, en un sector que es vital para la economía nacional del Ecuador. El Ecuador hace suya la opinión del Grupo Especial de que los Miembros son libres de establecer su propia política medioambiental en modo compatible con las obligaciones que hayan contraído en el marco de la OMC.

3. Comunidades Europeas

65. En lo que respecta a las comunicaciones no solicitadas presentadas por organizaciones no gubernamentales a un grupo especial, las Comunidades Europeas sostienen que el artículo 13 del ESD confiere claramente a los grupos especiales la facultad de tomar la iniciativa de "recabar" determinada información que puedan estimar pertinente para el asunto que les haya sido sometido. Además, las organizaciones no gubernamentales son libres de hacer públicas sus opiniones y de hacerlas llegar al público general, que podría incluir a las partes en una diferencia, a la Secretaría de la OMC o a los miembros de un grupo especial. Con todo, las Comunidades Europeas "se preguntan si el texto del ESD se puede interpretar de una forma tan amplia" que se confiera a las organizaciones no gubernamentales el derecho de presentar sus comunicaciones directamente a un grupo especial.

66. Las Comunidades Europeas sostienen que el artículo 13 del ESD "no obliga a los grupos especiales a 'aceptar' información no solicitada que no haya sido 'recabada' a los efectos del procedimiento de solución de diferencias". Por consiguiente, los grupos especiales deberían rechazar las comunicaciones de organizaciones no gubernamentales cuando no sean ellas mismas quienes las hayan solicitado. Con todo, en opinión de las Comunidades Europeas, de estar interesado un grupo especial en la información contenida en un alegato *amicus curiae* de una organización no gubernamental, tendría el derecho de solicitar y recibir ("recabar") exactamente la misma información que la que se le envió inicialmente de manera no solicitada. Las Comunidades Europeas convienen con el Grupo Especial en que un Miembro parte en una diferencia es libre de presentar como parte de su propia comunicación una comunicación de una organización no gubernamental que considere pertinente. Las Comunidades Europeas señalan que sus comentarios se basan en el texto del artículo 13 del ESD, tal como se aplica actualmente.

67. Las Comunidades Europeas observan asimismo que las cuestiones en juego en esta diferencia atañen a principios a los que ellas confieren gran importancia, tales como el respeto del medio ambiente y el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. En virtud de lo dispuesto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁵⁹, las Comunidades Europeas tienen la obligación de velar por un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas, respetando el medio ambiente. El principio de desarrollo sostenible, que también se recoge en el primer párrafo del preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, así como el principio de cautela, son de vital importancia en lo que atañe a la aplicación de todas las políticas comunitarias. La posición de las CE queda reflejada en el derecho internacional público mediante las declaraciones de la Corte Internacional de Justicia, que resaltan la importancia del respeto del medio ambiente.⁶⁰

68. Las Comunidades Europeas están convencidas de que la cooperación internacional es el medio más eficaz para abordar los problemas medioambientales de carácter mundial y transfronterizo, es y no las medidas unilaterales que pueden resultar menos beneficiosas para el medio ambiente y acarrear más efectos de perturbación del comercio. Los resultados económicos y los resultados medioambientales no son necesariamente incompatibles. Las Comunidades Europeas afirman que "si bien los países tienen el derecho soberano de formular y aplicar sus propias políticas ambientales recurriendo a las medidas que consideren apropiadas para proteger su medio ambiente nacional –con inclusión de la vida y la salud de las personas, los animales y las plantas–, todos los países tienen

⁵⁹ Hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 y modificado ulteriormente.

⁶⁰ Las Comunidades Europeas hacen referencia a: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva (1996), Informe de la CIJ páginas 241-242, párrafo 29; *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymoros Project*, (1998), 37 International Legal Materials 162, párrafo 140.

igualmente la responsabilidad de contribuir a solucionar los problemas ambientales internacionales". Por consiguiente, las Comunidades Europeas estiman que "en términos generales, el medio más eficaz para lograr los objetivos comunes en relación con la conservación de los recursos mundiales consiste en recurrir al proceso de cooperación internacional".

69. A juicio de las Comunidades Europeas, el planteamiento relativo al artículo XX ideado por grupos especiales anteriores y seguido por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*⁶¹ -planteamiento que consiste en examinar primero si la medida queda abarcada en algunas de las excepciones enunciadas en los párrafos a) a j) del artículo XX y proceder sólo entonces a un examen a la luz del preámbulo- tiene un sentido lógico y podía haber sido aplicado razonablemente por el Grupo Especial en la presente diferencia.

70. Las Comunidades Europeas convienen con los Estados Unidos en que sería erróneo que las preocupaciones de índole comercial prevaleciesen sobre todas las demás preocupaciones relativas a todas las situaciones previstas en las normas de la OMC. El artículo XX no debería interpretarse de modo tal que las preocupaciones comerciales siempre prevalezcan sobre las preocupaciones no comerciales reflejadas en dicho artículo, incluidas las preocupaciones ambientales y las que atañen a la salud o a otros objetivos legítimos de política general. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación tienen el cometido de examinar cada asunto en función de sus propias circunstancias y teniendo en cuenta los derechos y obligaciones de los Miembros.

71. Las Comunidades Europeas también concuerdan con los Estados Unidos en que, de adoptarse el criterio del Grupo Especial –a saber, el criterio que consiste en determinar si una medida es tal que pondría en peligro la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio-, las preocupaciones comerciales prevalecerían sobre todas las demás, lo que sería incompatible con el objeto y fin del *Acuerdo sobre la OMC*.

72. A juicio de las Comunidades Europeas, determinadas especies, en particular, las especies migratorias, pueden requerir una aplicación de las medidas de protección que vaya más allá de los límites territoriales habituales. Las tortugas marinas deberían considerarse un recurso ambiental compartido a escala mundial, ya que están incluidas en el anexo I de la CITES y son una especie protegida en virtud de la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres.⁶² La manera adecuada en que los Miembros preocupados por la conservación de los recursos ambientales compartidos a escala mundial pueden garantizar tal conservación es

⁶¹ El correspondiente informe (WT/DS2/AB/R) se adoptó el 20 de mayo de 1996.

⁶² Hecha en Bonn el 23 de junio de 1979, 19 *International Legal Materials* 15.

asegurándose de que ésta se basa en soluciones convenidas a nivel internacional. En términos generales, las medidas adoptadas al amparo de tales acuerdos multilaterales estarían permitidas en virtud de lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX.

73. Con todo, las Comunidades Europeas no quisieran excluir la posibilidad de que, como último recurso, un Miembro de la OMC aplique por su cuenta una medida "razonable" con miras a proteger y conservar un determinado recurso ambiental compartido a escala mundial. No obstante, una medida así sólo se justificaría en circunstancias excepcionales y siempre que estuviese en consonancia con los principios generales del derecho internacional público relativos a la "jurisdicción por prescripción". El Miembro tendría que demostrar que la medida de protección del medio ambiente por él aplicada fue "razonable", es decir, que no fue más restrictiva del comercio de lo requerido para proteger un recurso ambiental compartido a escala mundial. Una medida de esa índole debería estar directamente relacionada con el objetivo medioambiental y no ir más allá de lo necesario para limitar el daño ambiental. Por último, en un caso así, el Miembro deberá haberse esforzado sinceramente por concertar acuerdos de cooperación medioambiental con otros Miembros, lo que está en consonancia con el Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

74. En vista de la constatación fáctica del Grupo Especial de que los Estados Unidos no entablaron negociaciones con los apelados antes de imponer la prohibición de las importaciones, las Comunidades Europeas concluyen que los Estados Unidos no han demostrado que no fuera posible hallar una solución negociada con respecto a las medidas destinadas a proteger las tortugas marinas.

4. Hong Kong, China

75. Hong Kong, China afirma que considerar que el sistema multilateral de comercio es ajeno a las preocupaciones medioambientales equivaldría a "un grave error de interpretación en lo que se refiere a la función de la OMC". El sistema de la OMC no impide, y no debería impedir, la adopción de medidas no arbitrarias y justificables destinadas a proteger el medio ambiente. Hong Kong, China comparte plenamente la preocupación del Grupo Especial de que el preámbulo del artículo XX no se debería interpretar en forma que ponga en peligro la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales en el marco del *Acuerdo sobre la OMC*. En lo referente al Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Gasolina*⁶³, Hong Kong, China sostiene que un exámen efectuado a la luz del preámbulo debería centrarse en la manera en que se aplica la medida de que se trate y procurar responder a la pregunta clave de si el modo de aplicación constituye un abuso de las excepciones. Las

⁶³ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 26.

cuestiones relativas al objetivo de política general de la medida en cuestión deberían dejarse al margen al examinar la compatibilidad de la medida con el preámbulo.

76. Hong Kong, China alega que, de conformidad con las opiniones formuladas por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*⁶⁴, no se debería interpretar que el artículo XX constituye una desviación sin condiciones del principio de no discriminación recogido en el GATT. En conjunto, los tres elementos del preámbulo del artículo XX imponen una obligación de no hacer discriminaciones basadas en el origen del producto. En lo que respecta a la "no discriminación", el grado de obligación impuesto por el preámbulo es diferente del impuesto por los artículos I y III del GATT de 1994, que se basa en la interpretación estricta del concepto de "productos similares". El preámbulo del artículo XX obliga a los gobiernos que intervienen con objeto de alcanzar uno de los objetivos enunciados en los apartados de ese mismo artículo a garantizar que las condiciones de competencia resultantes de su intervención no favorezcan *de jure* ni *de facto* sus productos nacionales ni los productos de un determinado origen. No debería existir ambigüedad alguna en cuanto al contenido exacto del nivel de protección y de las condiciones de competencia establecidas como resultado de la intervención gubernamental. En opinión de Hong Kong, China, una conclusión jurídica de incompatibilidad de una medida con el preámbulo del artículo XX se basa en una constatación fáctica de que la medida en cuestión no respeta el principio de no discriminación. Una vez satisfecho ese requisito, el grupo especial puede pasar a examinar si se han cumplido los requisitos enunciados en uno de los apartados del artículo XX.

77. Hong Kong, China mantiene que el artículo 609 constituye una violación del preámbulo del artículo XX en la medida en que, tras la decisión adoptada en octubre de 1996 por el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos, el camarón capturado por pescadores de países que carecen de certificación está sujeto a una prohibición de importaciones, aun cuando para las capturas se utilizaran redes equipadas con el DET. Las condiciones de competencia resultantes demuestran que el artículo 609 no cumple el requisito de que no haya una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. Además, las Directrices de 1993 eliminaron la posibilidad de que disfrutaban los productores extranjeros de utilizar para la captura de camarón cualquier modalidad de pesca distinta de la que emplea los DET con miras a evitar la captura accidental de tortugas marinas. Eso únicamente sería compatible con el preámbulo del artículo XX si se demuestra que la utilización de los DET constituye el único método para alcanzar el objetivo en cuestión. De lo contrario, es menester reconocer que pueden existir otros métodos cuya eficacia, según se puede demostrar, es comparable a la de los DET, y los Estados Unidos deben otorgar el mismo trato al camarón capturado con medidas que, según pudieron demostrar los exportadores,

⁶⁴ *Ibid.*

tienen una eficacia comparable a la de los DET. De no procederse de ese modo, el artículo 609 se convierte en un medio de discriminación arbitrario e injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones. Si el Órgano de Apelación concluye que es necesario examinar la medida en cuestión a la luz de los apartados b) y g) del artículo XX, Hong Kong, China invita a dicho Órgano a tener en cuenta los argumentos que ha presentado al Grupo Especial y que quedan reflejados en el Informe del Grupo Especial, en particular, en los párrafos 4.44 y 4.45.

5. Nigeria

78. Nigeria confirma sus opiniones recogidas en el párrafo 4.53 del Informe del Grupo Especial y solicita al Órgano de Apelación que apoye la decisión del Grupo Especial. Si bien Nigeria comparte la preocupación por conservar y proteger las tortugas marinas, se opone a los métodos y medidas utilizados a tal efecto. La posición de Nigeria queda definida en los párrafos 169 y 171 del Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente.⁶⁵

⁶⁵ Nigeria hace referencia al documento WT/CTE/1, de 12 de noviembre de 1996. El párrafo 169 del Informe reza así: "Los gobiernos Miembros de la OMC se han comprometido a no introducir medidas comerciales incompatibles con disposiciones de la OMC, restricciones comerciales proteccionistas ni medidas compensatorias como medio de contrarrestar cualesquiera efectos desfavorables, reales o supuestos, para la propia economía o competitividad resultantes de la aplicación de políticas ambientales; ello no solamente socavaría el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema multilateral de comercio, sino que además sería contraproducente para conseguir los objetivos ambientales y promover el desarrollo sostenible. Análogamente, y teniendo presente el hecho de que los gobiernos tienen derecho a establecer sus normas ambientales nacionales de conformidad con sus respectivas condiciones, necesidades y prioridades ambientales y de desarrollo, los Miembros de la OMC observan que sería inadecuado que mitigaran sus normas ambientales nacionales vigentes y la observancia de las mismas para promover su comercio. El CCMA toma nota de la declaración que figura en el Informe sobre comercio y medio ambiente, de 1995, al Consejo de la OCDE a nivel ministerial, de que no hay pruebas de que las políticas ambientales existentes repercutan sistemáticamente en la competitividad, ni de que los países recurran deliberadamente a niveles bajos de protección del medio ambiente para obtener ventajas competitivas. El CCMA acoge con agrado declaraciones de política análogas hechas en otros foros intergubernamentales."

El párrafo 171 del Informe dice así: "El CCMA toma nota de que los gobiernos han suscrito en los resultados de la Conferencia de 1992 de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo su compromiso con el Principio 12 de la Declaración de Río según el cual: "Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional." Hay una complementariedad evidente entre ese planteamiento y la labor que realiza la OMC para buscar soluciones multilaterales cooperativas de los problemas comerciales. El CCMA suscribe y apoya las soluciones multilaterales basadas en la cooperación y el consenso internacional como la manera mejor y más eficaz en que los gobiernos pueden abordar los problemas ambientales de carácter transfronterizo o mundial. Los Acuerdos de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente son representativos de los esfuerzos de la comunidad internacional para conseguir objetivos comunes, y al desarrollar una relación de mutuo apoyo entre ellos deben tomarse debidamente en consideración ambos instrumentos."

III. Cuestiones y resoluciones relativas al procedimiento

A. Admisibilidad de los alegatos de organizaciones no gubernamentales adjuntados a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos

79. Los Estados Unidos adjuntaron a su comunicación del apelante, presentada el 23 de julio de 1998, tres documentos de prueba que contienen comentarios o "*amicus curiae* alegatos" presentados por los tres siguientes grupos de organizaciones no gubernamentales⁶⁶: 1. el Earth Island Institute; el Humane Society de los Estados Unidos; y el Sierra Club; 2. el Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL); el Centro de Conservación Marina; la Fundación Ambiental Ltd.; el Proyecto de Acción para los Manglares; la Red Ecológica Filipina; la Red Nacional de Acción Ecológica; y Sobrevivencia; y 3. el Fondo Mundial para la Naturaleza y la Fundación para el Derecho Internacional del Ambiente y el Desarrollo. El 3 de agosto de 1998, el CIEL presentó conjuntamente con otras organizaciones una versión ligeramente modificada de su alegato inicial.

80. En su comunicación conjunta de 7 de agosto de 1998, los apelados colectivos manifiestan su objeción a estos alegatos adjuntados a la comunicación del apelante y solicitan al Órgano de Apelación que no los tome en consideración. Los apelados colectivos alegan que la comunicación del apelante, incluidos los tres documentos de prueba, no está en conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD que estipula que una apelación "tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste", ni con el párrafo 2) de la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. Los apelados colectivos piden al Órgano de Apelación que desestime, por improcedentes, las afirmaciones fácticas incluidas en determinados párrafos de la comunicación del apelante, así como la información sobre cuestiones de hecho presentada en los documentos de prueba. En su opinión, al incorporarse material no autorizado en la comunicación del apelante mediante la inclusión de los documentos de prueba, ya no se puede considerar que dicha comunicación incluye "una exposición precisa", como lo exige el párrafo 2) de la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. Es más, algunas de las afirmaciones de hecho y de derecho contenidas en los documentos de prueba van más allá de la posición adoptada por el apelante, creando así una confusión

⁶⁶ En lo que respecta a estos documentos de prueba, los Estados Unidos hicieron la siguiente declaración: "El fomento de la utilización de los DET con el fin de promover la conservación de las tortugas marinas es una cuestión a la que varias organizaciones no gubernamentales de defensa del medio ambiente confieren suma importancia. Tres grupos de tales organizaciones –cada uno con conocimientos especializados en la conservación de las tortugas marinas y de otras especies en peligro de extinción- han preparado sendas comunicaciones en las que reflejan sus opiniones independientes con respecto a la utilización de los DET y a otras cuestiones. Los Estados Unidos remiten esos documentos al Órgano de Apelación para su información y los adjuntan a la presente comunicación como documentos de prueba 1-3 del apelante presentados por los Estados Unidos." Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 2, nota a pie de página 1.

respecto de la naturaleza y del vínculo exactos del escrito de apelación y de los tres documentos de prueba.

81. Los apelados colectivos señalan asimismo que la presentación de documentos de prueba que recogen opiniones de organizaciones no gubernamentales contrarias a las opiniones del Miembro apelante, no se contempla ni se autoriza en las disposiciones del ESD ni en los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. En su opinión, tales comunicaciones no están en conformidad con el párrafo 4 del artículo 17 del ESD ni con el párrafo 1) de la Regla 28 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, que atribuyen la facultad de solicitar comunicaciones complementarias al Órgano de Apelación. Según los apelados colectivos, la decisión del apelante de adjuntar los documentos de prueba a su comunicación ha dado lugar a contradicciones e incongruencias internas, al tiempo que plantea graves problemas sistémicos y de procedimiento. Los apelados colectivos mantienen que al ser incorporados en la comunicación del apelante, dichos escritos dejan de ser "alegatos *amicus curiae*" para pasar a formar parte de la comunicación del apelante y convertirse así en lo que se cabría interpretar como la posición oficial de los Estados Unidos.

82. En su comunicación del apelante, presentada igualmente el 7 de agosto de 1998, Malasia también insta al Órgano de Apelación a que concluya que los tres documentos de prueba adjuntados a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos son inadmisibles en esta apelación. Malasia hace referencia al argumento que esgrimió ante el Grupo Especial, a saber, que los alegatos presentados por organizaciones no gubernamentales no quedan abarcados por las disposiciones del artículo 13 del ESD. Además, según Malasia, la admisión de los documentos de prueba no estaría en consonancia con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD ni con el párrafo 2) de la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, por cuanto la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos y el documento de prueba 2 contienen afirmaciones de hechos. Por otra parte, el párrafo 4 del artículo 17 del ESD sólo confiere el derecho a presentar comunicaciones escritas u orales a terceros. El artículo 11 y el párrafo 12 del artículo 17 del ESD son importantes y tiene por objeto salvaguardar la admisibilidad de las pruebas presentadas al Órgano de Apelación. Ahora bien, en caso de que el Órgano de Apelación decida que se deberían admitir los documentos de prueba 1-3 de la comunicación del apelante, Malasia presentará refutaciones respecto de cada uno de dichos documentos.

83. El 11 de agosto de 1998, adoptamos respecto de esta cuestión preliminar de procedimiento la siguiente resolución dirigida a los participantes y terceros participantes:

Hemos decidido aceptar examinar, siempre que sean pertinentes, los argumentos jurídicos formulados por las distintas organizaciones no

gubernamentales en los tres alegatos adjuntados como documentos de prueba a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, así como la versión revisada del alegato presentado por el Centro de Derecho Ambiental Internacional *et al.*; que se nos remitió el 3 de agosto de 1998. Los motivos en que basamos la presente resolución se indicarán en el Informe del Órgano de Apelación.

84. En esa misma resolución, formulamos las siguientes preguntas al apelante (Estados Unidos):

¿En qué medida concuerdan con o adoptan ustedes alguno o varios de los argumentos jurídicos expuestos en los tres alegatos preparados por las organizaciones no gubernamentales que se adjuntan como documentos de prueba a la comunicación del apelante por ustedes presentada? En particular, ¿adoptan ustedes los argumentos jurídicos en ellos formulados con respecto a los párrafos b) y g) y del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994?

85. Solicitamos a los Estados Unidos que respondiesen por escrito a esas preguntas el 13 de agosto de 1998, a más tardar, y brindamos a los apelados y a los terceros participantes la oportunidad de contestar antes del 17 de agosto de 1998 a la respuesta presentada por los Estados Unidos en relación con los aspectos de los alegatos que dicho país aceptaba y confirmaba como parte de su argumentación, así como con los argumentos jurídicos formulados en los alegatos presentados por las organizaciones no gubernamentales. En esa ocasión, observamos que Malasia ya había cumplido esta última tarea en los documentos de prueba 1 a 3 adjuntados a su comunicación del apelado.

86. El 13 de agosto de 1998, se recibió la siguiente respuesta de los Estados Unidos:

En su comunicación principal, los Estados Unidos reflejan sus opiniones respecto de las cuestiones jurídicas que atañen a esta apelación. Como explicamos en nuestra comunicación del apelante, las tres comunicaciones preparadas por organizaciones no gubernamentales reflejan las opiniones independientes de dichas organizaciones ... Esas organizaciones no gubernamentales tienen un gran interés y cuentan con conocimientos especializados en lo referente a la conservación de las tortugas marinas y a cuestiones conexas. En consecuencia, es apropiado que el Órgano de Apelación conozca sus opiniones. Los Estados Unidos no adoptan estas opiniones como cuestiones independientes a las que deba responder el Órgano de Apelación.

Los Estados Unidos concuerdan con los argumentos jurídicos expuestos en las comunicaciones de las organizaciones no gubernamentales en la medida en que tales argumentos están en consonancia con los argumentos que exponemos en nuestra comunicación principal

87. El 17 de agosto de 1998, los apelados colectivos presentaron una respuesta conjunta, y Malasia presentó una respuesta individual, a las cuestiones planteadas en la respuesta ofrecida por los

Estados Unidos, así como en los documentos de prueba. Sin perjuicio de su opinión de que la admisión y el examen por parte del Órgano de Apelación de los alegatos de las organizaciones no gubernamentales adjuntados a la comunicación del apelante no están autorizados con arreglo al ESD ni en virtud de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, los apelados colectivos respondieron a determinados argumentos jurídicos presentados en esos alegatos. Malasia incorporó mediante referencia sus refutaciones a los alegatos contenidos en su comunicación del apelante de 7 de agosto de 1998 y formuló algunos comentarios complementarios con respecto a cada uno de los alegatos. Asimismo, el 17 de agosto de 1998, Hong Kong, China y México presentaron declaraciones en relación con las mismas cuestiones. Hong Kong, China indicó que la respuesta ofrecida por los Estados Unidos no era clara y que, en esta fase, era imposible formular más comentarios sobre los argumentos jurídicos. Por su parte, México indicó que de hacer uso el Órgano de Apelación de argumentos que no quedan abarcados por los términos del párrafo 6 del artículo 17 del ESD y que no son clara y explícitamente atribuibles a un Miembro parte en la diferencia, dicho Órgano se excedería en las facultades que le confiere el ESD.

88. La admisibilidad de los alegatos presentados por ciertas organizaciones no gubernamentales que se han adjuntado a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos es una de las cuestiones jurídicas planteadas por los apelados. Se trata de una cuestión jurídica que no guarda relación con una conclusión de derecho o una interpretación jurídica incluida por el Grupo Especial en su Informe. Por ese motivo, hemos estimado procedente abordar dicha cuestión al margen de las cuestiones planteadas por el apelante y abordadas en las secciones subsiguientes del presente Informe del Órgano de Apelación.

89. Consideramos que el hecho de que se adjunte un alegato u otro material a la comunicación del apelante o del apelado, con independencia de la manera o el lugar en que se haya podido elaborar el material en cuestión, convierte ese material, al menos *prima facie*, en parte integrante de la comunicación de dicho participante. Por una parte, es obvio que corresponde a un participante en una apelación determinar por sí solo qué va a incluir en su comunicación. Por otra parte, es correcto considerar que un participante que presenta una comunicación asume la responsabilidad de su contenido, con inclusión de cualquier anexo u otro material que se adjunte.

90. En la presente apelación, los Estados Unidos han dejado claro que sus opiniones "respecto de las cuestiones jurídicas que atañen a esta apelación" se hallan en la "comunicación principal" de los Estados Unidos. Los Estados Unidos han confirmado su conformidad con los argumentos jurídicos contenidos en las comunicaciones adjuntas de las organizaciones no gubernamentales, en la medida en que tales argumentos "están en consonancia" con los argumentos que exponen en su "comunicación principal".

91. Por ende, admitimos los alegatos que se adjuntan a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos como parte de dicha comunicación. Al mismo tiempo, considerando que los Estados Unidos, por su parte, sólo han aceptado dichos alegatos de forma provisional y condicionada, nos centramos, en las secciones subsiguientes, en los argumentos jurídicos contenidos en la comunicación principal del apelante presentada por dicho país.

B. Suficiencia del anuncio de apelación

92. En su comunicación conjunta, presentada el 7 de agosto de 1998, los apelados colectivos mantienen que el anuncio de apelación de los Estados Unidos contiene defectos de forma y que, por consiguiente, no procedía someter el presente asunto al Órgano de Apelación. Los apelados colectivos sostienen que el anuncio de apelación presentado por el apelante es vago y superficial y que, por lo tanto, no está en consonancia con los requisitos de procedimiento recogidos en el párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. Además, la "comunicación" no se ha presentado debidamente "en los plazos previstos" con arreglo a la Regla 29 de dichos procedimientos. En consecuencia, se alega que el Órgano de Apelación debería desestimar la apelación de los Estados Unidos basándose únicamente en dicho motivo. En el anuncio de apelación presentado por el apelante no se identificaba ningún error jurídico de un modo suficiente para que los apelados pudiesen elaborar una defensa, lo que, en opinión de los apelados, hizo que les fuera imposible discernir las cuestiones que iban a ser objeto de la apelación hasta que, 10 días después, el apelante presentó su comunicación escrita. De ese modo, se redujo el tiempo del que disponen todos los apelados para redactar sus escritos de réplica de 25 a 15 días.

93. Según los apelados colectivos, existen al menos dos motivos por los que no deberían tolerarse anuncios de apelación vagos. En primer lugar, en virtud de las consideraciones de equidad fundamental y buena fe, no se debería permitir que el apelante obtenga una ventaja táctica al no cumplir los requisitos de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. En segundo lugar, las comunicaciones cuidadosamente estudiadas y bien redactadas redundan en beneficio del proceso de adopción de decisiones del Órgano de Apelación.

94. Los Estados Unidos, a su vez, sostienen que el anuncio de apelación proporciona justamente el tipo de "breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste" (itálicas en el original) que exige el párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. En primer lugar, los Estados Unidos explicaron en su anuncio de apelación que apelaban contra las constataciones sobre cuestiones de derecho y las interpretaciones jurídicas conexas en las que el Grupo Especial había basado su conclusión de que la medida aplicada por los Estados Unidos estaba fuera del ámbito del preámbulo

del artículo XX. En segundo lugar, se indicaba en el anuncio de apelación que los Estados Unidos apelaban contra la constatación de procedimiento formulada por el Grupo Especial en el sentido de que el Grupo Especial no estaba autorizado a aceptar material procedente de fuentes no gubernamentales. Los apelados no explicaban qué información complementaria se debía haber incluido, en su opinión, en el anuncio de apelación. Además, según los Estados Unidos, la alegación de perjuicio presentada por los apelados era infundada. Los apelados conocían de sobra el argumento básico en que los Estados Unidos basarían su alegación de que se había incurrido en error de derecho. De hecho, los propios apelados precisaron que la apelación de los Estados Unidos se basaba en un solo elemento, a saber, que el Grupo Especial había adoptado el criterio de la "amenaza al sistema multilateral de comercio" y que los Estados Unidos ya habían planteado esa misma cuestión en la etapa intermedia de reexamen. En resumen, la apelación no había supuesto para los apelados ninguna sorpresa injusta.

95. El párrafo 2) de la Regla 20 de los *Procedimientos para el examen en apelación* dispone, en la parte pertinente:

2) El anuncio de apelación incluirá la siguiente información:

...

d) un *breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores* en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. (itálicas añadidas)

Los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* exigen al apelante que sea *breve* en su anuncio de apelación al exponer "el carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores". A nuestro juicio, en principio, el "carácter de la apelación" y "las alegaciones de errores" quedan suficientemente expuestas cuando en el anuncio de apelación se identifican debidamente las conclusiones o interpretaciones jurídicas del Grupo Especial que son objeto de apelación por considerarse erróneas. No se pretende que el anuncio de apelación contenga los motivos por los que el apelante considera erróneas tales conclusiones o interpretaciones. El anuncio de apelación no está concebido para servir de sumario o esbozo de los argumentos que presentará el apelante. Como es evidente, los argumentos jurídicos en los que se basan las alegaciones de errores se deberán exponer y ampliar en la comunicación del apelante.

96. En este caso, hay que reconocer que el anuncio de apelación comunica la decisión de los Estados Unidos de apelar contra determinadas cuestiones jurídicas abarcadas y determinadas interpretaciones de derecho formuladas en el informe del Grupo *Especial*. A continuación, el anuncio hace referencia a las dos conclusiones supuestamente erróneas del Grupo Especial que son objeto de

la apelación; a saber: la conclusión de que la medida estadounidense en cuestión no está comprendida entre las medidas autorizadas en virtud del preámbulo del artículo XX; y la conclusión de que el hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales es incompatible con el ESD. En el anuncio no se citan los números de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen las conclusiones mencionadas, aunque los apelados colectivos no afirman que ello sea necesario. Si bien las referencias que se hacen en el anuncio de apelación a estas dos conclusiones del Grupo Especial son escuetas⁶⁷, no cabe duda alguna respecto de cuáles son las conclusiones o interpretaciones del Grupo Especial que se someten al Órgano de Apelación para su examen. Por consiguiente, mantenemos que el anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos cumple los requisitos previstos en el párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* y declaramos sin lugar la solicitud de los apelados colectivos de desestimar sumariamente la apelación en su conjunto sobre la base del único motivo de insuficiencia del anuncio de apelación.

97. Sólo nos queda recordar que el derecho de las partes de presentar apelaciones contra las constataciones e interpretaciones jurídicas formuladas por los grupos especiales en un procedimiento de solución de diferencias es un nuevo derecho importante recogido en el ESD derivado de la Ronda Uruguay. Consideramos que la manera más apropiada de interpretar las disposiciones del párrafo 2) de la Regla 20 y de otras Reglas de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* consiste en conferir al derecho de apelación todo su significado y efecto y brindar a la parte que se considera perjudicada por alguna constatación o interpretación jurídica contenida en el informe de un grupo especial una oportunidad real y efectiva de demostrar el error contenido en tal constatación o interpretación. Huelga añadir que el apelado evidentemente siempre tiene pleno derecho a un proceso legal con todas las garantías. En la presente apelación, quizás la mejor muestra de que ese derecho no se ha menoscabado en grado alguno a consecuencia del anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos, es el carácter elaborado y sustancial de las comunicaciones de los apelados.

IV. Cuestiones planteadas en esta apelación

98. Las cuestiones planteadas en la presente apelación por el apelante, los Estados Unidos, son las siguientes:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error al concluir que el hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales sería incompatible con las disposiciones tal como se aplican actualmente, del ESD; y

⁶⁷ La interpretación del Grupo Especial respecto de la información no solicitada y su conclusión de que el artículo 609 es incompatible con el artículo XX del GATT de 1994 también se expresan en términos bastante escuetos; Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8 (cuarta frase), 7.49 y 7.62.

- b) si el Grupo Especial incurrió en error al concluir que la medida en cuestión constituye una discriminación injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones y que, por consiguiente, no está comprendida entre las medidas autorizadas en virtud del artículo XX del GATT de 1994.

V. Procedimientos del Grupo Especial e información no solicitada

99. Durante los procedimientos ante el Grupo Especial, éste recibió, el 28 de julio de 1997, un alegato presentado por el Centro de Conservación Marina (CMC) y el Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL), ambas organizaciones no gubernamentales. El 16 de septiembre de 1997, el Grupo Especial recibió otro alegato, esta vez del Fondo Mundial para la Naturaleza. El Grupo Especial acusó recibo de los dos alegatos, que las organizaciones no gubernamentales también enviaron directamente a las partes en la diferencia. Las partes reclamantes -India, Malasia, Pakistán y Tailandia- solicitaron al Grupo Especial que no tuviese en cuenta el contenido de los alegatos en su examen de la presente diferencia. En cambio, los Estados Unidos instaron al Grupo Especial a que aprovecharse cualquier información pertinente contenida en los dos alegatos o en cualquier otra comunicación similar.⁶⁸ El Grupo Especial resolvió lo siguiente respecto de este particular:

*Nosotros no habíamos solicitado la información contenida en los documentos mencionados. Observamos que, de conformidad con el artículo 13 del ESD, la iniciativa de recabar información y seleccionar la fuente de información corresponde al Grupo Especial. En cualquier otra situación, solamente las partes y los terceros están autorizados a presentar información directamente al Grupo Especial. El hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales sería, a nuestro juicio, incompatible con las disposiciones del ESD tal como se aplican actualmente. Por consiguiente, informamos a las partes que no era nuestra intención tomar en consideración estos documentos. Además, observamos que dado que conforme a la práctica habitual las partes podían presentar cualesquiera documentos que consideraran pertinentes en apoyo de sus argumentos, si una de las partes en la presente diferencia deseaba presentar los documentos mencionados, o partes de los mismos, como parte de sus propias comunicaciones al Grupo Especial, estaría facultada para hacerlo. Si éste era el caso, las demás partes tendrían dos semanas para responder a ese material adicional. Observamos que los Estados Unidos aprovecharon esta oportunidad designando la sección III del documento presentado por el Centro de Conservación Marina y el Centro de Derecho Ambiental Internacional como un anexo de su segunda comunicación al Grupo Especial.*⁶⁹ (itálicas añadidas)

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.129.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8.

100. Observamos que el Grupo Especial hizo dos cosas. En primer lugar, formuló una interpretación jurídica de determinadas disposiciones del ESD: a saber, que el hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales sería incompatible con las disposiciones del ESD tal como se aplican actualmente. Evidentemente, como consecuencia de esta interpretación jurídica, el Grupo Especial anunció que no tomaría en consideración los alegatos presentados por las organizaciones no gubernamentales. En segundo lugar, el Grupo Especial brindó, no obstante, a las partes en la diferencia la oportunidad de presentar los alegatos, o partes de los mismos, como parte de sus propias comunicaciones al Grupo Especial y concedió a la otra parte o a las otras partes, en tal caso, dos semanas complementarias para responder a ese material adicional. Los Estados Unidos apelan contra esta interpretación jurídica del Grupo Especial.

101. Puede que no esté de más comenzar por subrayar que el acceso al procedimiento de solución de diferencias de la OMC está limitado a los Miembros de la OMC. Con arreglo al *Acuerdo sobre la OMC* y los acuerdos abarcados tal como se aplican actualmente, las personas y las organizaciones internacionales, ya sean gubernamentales o no, no puedan acceder a este procedimiento. Únicamente los Miembros pueden convertirse en parte en una diferencia que pueda ser sometida a un Grupo Especial y sólo los Miembros "que tenga[n] un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial" pueden participar en calidad de terceros en los procedimientos de dicho Grupo.⁷⁰ Por consiguiente, de conformidad con el ESD, únicamente los Miembros que sean parte en una diferencia, o que hayan notificado al OSD su interés en participar en una diferencia en calidad de terceros, están *autorizados* a presentar comunicaciones y a solicitar que un grupo especial las examine.⁷¹ Al mismo tiempo, los grupos especiales están legalmente *obligados* a aceptar y a examinar debidamente sólo las comunicaciones presentadas por las partes y los terceros durante los procedimientos de un grupo especial. Éstos son preceptos jurídicos fundamentales; con todo, no permiten zanjar la cuestión que en el presente caso nos plantea la primera alegación de error presentada por el apelante. A nuestro juicio, la mejor manera de abordar esta cuestión de interpretación consiste en examinar qué está *autorizado* a hacer el grupo especial en virtud del ESD.

102. El artículo 13 del ESD establece lo siguiente:

⁷⁰ Véanse los artículos 4, 6, 9 y 10 del ESD.

⁷¹ Artículos 10 y 12 y apéndice 3 del ESD. Hacemos notar que el párrafo 4 del artículo 17 del ESD limita el derecho a recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial a las partes en la diferencia y prevé que los terceros que hayan notificado al OSD un interés sustancial en el asunto podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos.

Artículo 13
Derecho a recabar información

1. *Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente.* No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. *Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente.* La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

2. *Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión.* Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos. (itálicas añadidas)

103. En el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, observamos que el artículo 13 del ESD⁷² "faculta a los grupos especiales a recabar información y asesoramiento cuando lo estimen pertinente en un determinado caso".⁷³ De modo análogo, en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, resolvimos que:

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 13 del ESD, los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. *Con ello se otorga una facultad discrecional: un grupo especial no está obligado en virtud de esa prescripción a recabar información en todos y cada uno de los casos o a consultar a expertos particulares.* Recordamos la declaración que formulamos en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* de que el artículo 13 del ESD faculta a los grupos especiales a recabar información y asesoramiento técnico cuando lo estimen pertinente en un determinado caso y de que el ESD deja "a la razonable discreción de un grupo especial la determinación de si el establecimiento de un grupo consultivo de expertos es necesario o adecuado". *De igual modo que un grupo especial tiene la facultad discrecional de determinar cómo recabar el*

⁷² Así como el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*.

⁷³ Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 147.

asesoramiento de expertos, también tiene la facultad discrecional de determinar si debe o no recabar información o asesoramiento de expertos.

...

En la presente diferencia, constatamos que el Grupo Especial actuó dentro de los límites de su facultad discrecional en virtud de los artículos 11 y 13 del ESD al decidir no recabar información del FMI ni consultar con él.⁷⁴ (itálicas añadidas)

104. Conviene subrayar el carácter amplio de la facultad que se otorga a los grupos especiales para "recabar" información y asesoramiento técnico de "cualquier persona o entidad" que estimen conveniente o de "cualquier fuente pertinente". Dicha facultad no se limita meramente a la elección y evaluación de la *f fuente* de la información o del asesoramiento que pueda recabar un grupo especial, sino que incluye también la facultad de decidir *no recabar* tal información o asesoramiento en absoluto. Estimamos que los grupos especiales también tienen la facultad de *aceptar o rechazar* cualquier información o asesoramiento que hayan recabado y recibido o de *disponer de ellos de algún otro modo apropiado*. La competencia y autoridad de un grupo especial comprenden particularmente la facultad de determinar *la necesidad de información y asesoramiento* en un caso concreto, de establecer la *aceptabilidad y pertinencia* de la información o del asesoramiento recibidos y de decidir *qué peso atribuir a tal información o asesoramiento* o de concluir que no se debería conferir importancia alguna al material recibido.

105. Es conveniente señalar asimismo que el párrafo 1 del artículo 12 del ESD autoriza a los grupos especiales a no seguir o a complementar los Procedimientos de Trabajo que se recogen en el Apéndice 3 del ESD e incluso a elaborar sus propios procedimientos de trabajo, tras consultar a las partes en la diferencia. En el párrafo 2 del artículo 12 se establece además que "[e]n el procedimiento de los grupos especiales deberá haber *flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales*". (itálicas añadidas)

106. Lo que vienen a establecer en conjunto los artículos 12 y 13 es que el ESD confiere a los grupos especiales por él establecidos que participan en un procedimiento de solución de diferencias facultades amplias y extensas para emprender y controlar el proceso mediante el cual recaban información tanto sobre los hechos pertinentes de la diferencia como sobre las normas y principios jurídicos aplicables a tales hechos. Esa competencia, así como la envergadura que la caracteriza, es indispensable para permitir a un grupo especial desempeñar el cometido que le impone el artículo 11 del ESD de "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una

⁷⁴ Adoptado el 22 de abril de 1998, WT/DS56/AB/R, párrafos 84-86.

evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos ...". (itálicas añadidas)

107. En vista de las amplias facultades que el ESD confiere a los grupos especiales, y habida cuenta asimismo del objeto y fin del mandato de los grupos especiales establecido en el artículo 11, no creemos que la palabra "recabar" deba tomarse necesariamente, como al parecer lo hizo el Grupo Especial, demasiado al pie de la letra. El hecho de que la interpretación que el Grupo Especial da al término "abarcarse" tiene un carácter innecesariamente formal y técnico queda patente en caso de que una "persona o entidad" solicite primero permiso a un grupo especial para presentar una comunicación o un alegato. En tal caso, el grupo especial podría negarse a conceder el permiso solicitado. Si en un caso concreto un grupo especial, en el ejercicio de las facultades que se dejan a su razonable discreción concluye, entre otras cosas, que cabría aceptar la petición sin "retrasar indebidamente los trabajos", podría acceder a que se presente una comunicación o un alegato, con sujeción a las condiciones que estime oportunas. El ejercicio de las facultades conferidas a los grupos especiales evidentemente podría, y tal vez debería, incluir la celebración de consultas con las partes en la diferencia. En este tipo de casos desaparece, a todos los efectos prácticos y pertinentes, la distinción entre información "solicitada" y "no solicitada".

108. En el caso que nos ocupa, no es correcto equiparar la facultad de *recabar* información con una *prohibición* de aceptar información presentada a un grupo especial sin que éste la haya solicitado. Los grupos especiales tienen facultades discrecionales bien para aceptar y examinar, bien para rechazar la información o el asesoramiento que les haya sido presentado, *con independencia de que la hayan solicitado o no*. El hecho de que un grupo especial podía haber iniciado *motu proprio* una solicitud de información no obliga, en sí, al grupo especial a aceptar y examinar la información que efectivamente se le remita. Del carácter amplio de las facultades conferidas a los grupos especiales para configurar los procesos de esclarecimiento de los hechos e interpretación jurídica se desprende claramente que un grupo especial en realidad *no* se verá saturado de material no solicitado, *a no ser que él mismo permita tal saturación*.

109. Además, la aceptación o el rechazo de información y asesoramiento tales como los presentados en este caso al Grupo Especial no requiere que se agote todo el abanico de posibles usos apropiados que se pueda hacer de ellos. En el presente caso, el Grupo Especial no rechazó dicha información por completo, sino que más bien sugirió que si alguna de las partes deseaba "presentar los documentos mencionados, o partes de los mismos, como parte de sus propias comunicaciones al Grupo Especial, estaría facultada para hacerlo".⁷⁵ A raíz de ello, los Estados Unidos designaron la

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8

sección III del documento presentado por el CIEL y el CMC como un anexo de su segunda comunicación al Grupo Especial y este último confirió a los apelados dos semanas para responder a ella. Estimamos que esta forma práctica de despachar el asunto por la que ha optado el Grupo Especial en la presente diferencia puede haberse debido, en las circunstancias del caso, a la interpretación jurídica que hizo de la palabra "recabar" contenida en el párrafo 1 del artículo 13 del ESD. Desde ese punto de vista, concluimos que, en sí, la resolución que el Grupo Especial adoptó respecto de dichos alegatos no constituye un error de derecho ni un abuso de sus facultades discrecionales en relación con este asunto. Por consiguiente, el Grupo Especial estaba facultado para tratar y tomar en consideración la sección del alegato que los Estados Unidos adjuntaron a su segunda comunicación al Grupo Especial de modo idéntico a cualquier otra parte del escrito de los Estados Unidos.

110. Constatamos, y por ende sostenemos, que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación jurídica de que el hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales es incompatible con las disposiciones del ESD. Al mismo tiempo, consideramos que el Grupo Especial actuó dentro del ámbito de las facultades que le confieren los artículos 12 y 13 del ESD al permitir que cualquiera de las partes en la diferencia adjunte los alegatos presentados por las organizaciones no gubernamentales, o parte de los mismos, a sus propias comunicaciones.

VI. Evaluación del artículo 609 a la luz del artículo XX del GATT de 1994

111. Pasamos a la segunda cuestión planteada por el apelante, los Estados Unidos, es decir, si el Grupo Especial incurrió en error al concluir que la medida contemplada⁷⁶ constituye una discriminación injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones y se sale, por ello, del ámbito de las medidas permitidas en virtud del artículo XX del GATT de 1994.

A. Conclusiones y análisis interpretativo del Grupo Especial

112. Las conclusiones del Grupo Especial contra las que apelan los Estados Unidos, y las líneas esenciales de su razonamiento se exponen a continuación *in extenso*:

... Opinamos que *el preámbulo del artículo XX*, interpretado en su contexto y a la luz del objeto y fin del GATT y del Acuerdo sobre la OMC, *autoriza solamente a los Miembros a apartarse de las disposiciones del GATT en tanto al hacerlo no menoscaben el sistema multilateral de comercio de la OMC*, abusando de esa forma de las excepciones contenidas en el artículo XX. Ese menoscabo y abuso tendrían lugar cuando un Miembro pusiera en peligro el funcionamiento del Acuerdo sobre la OMC de manera tal que ya no

⁷⁶ En el presente Informe, la medida de los Estados Unidos en cuestión es el "artículo 609" o, simplemente, "la medida". En estos términos englobamos el artículo 609 y las Directrices de 1996.

fueran posibles el acceso garantizado a los mercados y el trato no discriminatorio dentro de un marco multilateral. ... Sostenemos que es posible que *un Miembro adopte determinado tipo de medida* que por sí sola tenga aparentemente un efecto relativamente insignificante en el sistema multilateral de comercio, pero que *puede representar una grave amenaza a ese sistema en caso de que el mismo Miembro u otros Miembros adopten medidas similares*. Por lo tanto, si se permiten ese tipo de medidas, incluso aunque su repercusión individual no parezca tal como para amenazar al sistema multilateral de comercio, se podría afectar la seguridad y previsibilidad de dicho sistema. En consecuencia constatamos que al examinar una medida adoptada en virtud del artículo XX, debemos determinar no solamente si esa medida *por sí sola* menoscaba el sistema multilateral de comercio de la OMC, sino también si ese tipo de medida, en caso de que fuera adoptada por otros Miembros, amenazaría la seguridad y previsibilidad de dicho sistema.⁷⁷

A nuestro juicio, si se siguiera una interpretación del preámbulo del artículo XX que autorizara a un Miembro a adoptar medidas que condicionen el acceso a su mercado de determinado producto a la adopción por los Miembros exportadores de determinadas políticas, incluidas políticas de conservación, el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC no podrían servir como marco multilateral de comercio entre los Miembros dado que estarían amenazadas la seguridad y la previsibilidad de las relaciones comerciales en el marco de dichos Acuerdos. Ello se explica porque si un Miembro de la OMC estuviese autorizado a adoptar ese tipo de medidas, los demás Miembros también tendrían el derecho de adoptar medidas similares con respecto al mismo asunto pero imponiendo requisitos diferentes o incluso contradictorios. ... El acceso a los mercados de mercancías podría también ser objeto de un creciente número de prescripciones de políticas en conflicto aplicables al mismo producto, lo que llevaría rápidamente a la desaparición del sistema multilateral de comercio de la OMC.⁷⁸

... El artículo 609, tal como se aplica, constituye una medida que condiciona el acceso al mercado estadounidense de determinado producto a la adopción por los Miembros exportadores de políticas de conservación que los Estados Unidos consideran comparables a las propias en términos de programas reglamentarios y capturas incidentales.⁷⁹

... nos parece que, a la luz del contexto del término "injustificable" y del objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC, la medida estadounidense objeto de la presente diferencia constituye una discriminación injustificable entre países en los que prevalecen las mismas

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.44.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.45.

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.48.

condiciones y por lo tanto no está comprendida entre las medidas autorizadas en virtud del artículo XX.⁸⁰

...

Por lo tanto, constatamos que la medida en cuestión adoptada por los Estados Unidos no está comprendida entre las medidas permitidas en virtud del preámbulo del artículo XX.⁸¹ (itálicas añadidas)

113. Las partes pertinentes del artículo XX del GATT de 1994 disponen lo siguiente:

Artículo XX

Excepciones generales

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

...

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

...

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;

114. El Grupo Especial no siguió realmente todos los pasos de la aplicación de "las normas usuales de interpretación del derecho internacional público", como exige el párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Como ya hemos subrayado en numerosas ocasiones⁸², estas normas requieren el examen del sentido corriente de las palabras de un tratado, leídas en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin. El intérprete de un tratado debe comenzar por centrarse en el texto de la disposición que va a interpretar.

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.49.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.62.

⁸² Véanse, por ejemplo, los Informes del Órgano de Apelación en: *Estados Unidos - Gasolina*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 19; *Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*, adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, páginas 10-12; *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y de los productos químicos para la agricultura*, adoptado el 16 de junio de 1998, WT/DS50/AB/R, párrafos 45-46; *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS56/AB/R, párrafo 47; y *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, adoptado el 22 de junio de 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, párrafo 85.

Es precisamente en las palabras de esa disposición, leídas en su contexto, donde ante todo debe buscarse el objeto y fin que persiguen los Estados Partes en el tratado. Cuando el significado del texto en sí es equívoco o impreciso, cuando se desea la confirmación de la corrección de la lectura del propio texto, conviene inspirarse en el objeto y fin del tratado en su conjunto.⁸³

115. En el presente caso, el Grupo Especial no examinó expresamente el sentido corriente de las palabras del artículo XX. El Grupo Especial omitió el hecho de que el preámbulo del artículo XX habla de la "forma" en que se "aplican" las medidas que se trata de justificar. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, precisamos que "por sus términos explícitos, el preámbulo del artículo XX se refiere no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica".⁸⁴ (itálicas añadidas) El Grupo Especial no analizó específicamente cómo la *aplicación* del artículo 609 constituye "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional". Lo que el Grupo Especial hizo al tratar de examinar la compatibilidad de la medida con el preámbulo del artículo XX fue centrarse repetidamente en el *diseño de la medida en sí*. Por ejemplo, el Grupo Especial insistió en que se estaba ocupando de "una situación concreta en la que un Miembro ha adoptado medidas unilaterales que, *por su naturaleza*, podrían poner en peligro el sistema multilateral de comercio".⁸⁵ (itálicas añadidas)

116. Sin embargo, es necesario examinar el diseño general de una medida, en lo que se distingue de su aplicación, para determinar si la medida en cuestión entra dentro de alguno de los párrafos del artículo XX que siguen al preámbulo. El Grupo Especial no analizó el contexto *inmediato* del preámbulo: es decir, los párrafos a) a j) del artículo XX. Además, el Grupo Especial no analizó el objeto y el fin del *preámbulo del artículo XX*. Antes bien, el Grupo Especial examinó el objeto y el fin del *GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC en su conjunto*, objeto y fin que describió de una manera demasiado general. De este modo el Grupo Especial llegó a la constatación sumamente

⁸³ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, segunda edición (Manchester University Press, 1984), páginas 130-131.

⁸⁴ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 26.

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.60. El Grupo Especial señaló también, en los párrafos 7.33-7.34 de ese informe:

... de conformidad con el preámbulo del artículo XX, una medida puede discriminar, pero no en forma "arbitraria" o "injustificable".

A continuación pasamos a considerar si *la medida estadounidense* que condiciona el acceso al mercado a la adopción de determinadas políticas de conservación por el miembro exportador *podría considerarse una discriminación "injustificable"* ... (itálicas añadidas)

amplia de que las medidas que "menoscaban el sistema multilateral de comercio de la OMC"⁸⁶ no están comprendidas "entre las medidas permitidas en virtud del preámbulo del artículo XX".⁸⁷ Mantener, y no menoscabar, el sistema multilateral de comercio es necesariamente una premisa fundamental y omnipresente que subyace en el *Acuerdo sobre la OMC*; pero no es ni un derecho ni una obligación ni tampoco una norma interpretativa que pueda utilizarse en la evaluación de una medida determinada al amparo del preámbulo del artículo XX. En *Estados Unidos - Gasolina* manifestamos que "importa por consiguiente subrayar que la finalidad y objeto de las cláusulas introductorias del artículo XX es en general evitar el *abuso de las excepciones previstas en el [(artículo XX)]*".⁸⁸ (itálicas añadidas) El Grupo Especial no trató de investigar cómo estaba siendo *aplicada* la medida en cuestión *en forma que constituyera un abuso o un uso indebido de un determinado tipo de excepción*.

117. Los vicios descritos del análisis y de las conclusiones del Grupo Especial derivan casi naturalmente del hecho de que el Grupo Especial no prestó atención al orden cronológico de los pasos esenciales para la realización de ese análisis. El criterio que siguió el Grupo Especial consistió, según sus propios términos, en "determinar[emos] en primer lugar si la medida controvertida cumple los requisitos contenidos en el preámbulo".⁸⁹ De ser así, señaló el Grupo Especial, "pasaremos a examinar si la medida estadounidense está comprendida en los términos de los apartados b) o g) del artículo XX".⁹⁰ El Grupo trató de justificar su criterio interpretativo de la siguiente manera:

Como lo indicó el Órgano de Apelación en su informe sobre el asunto *Gasolina*, para que determinada medida pueda ampararse en el artículo XX no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares -apartados a) a j)- enumeradas en dicho artículo sino que debe además cumplir las prescripciones exigidas en la cláusula inicial del artículo XX. Observamos que algunos grupos especiales han considerado determinados apartados del artículo XX antes de examinar la aplicabilidad de las condiciones contenidas en el preámbulo. No obstante, *dado que los requisitos contenidos en la disposición introductoria se aplican a cualquiera de los apartados del artículo XX, parece igualmente apropiado analizar en primer lugar dicha disposición*.⁹¹ (itálicas añadidas)

...

⁸⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.44.

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.62.

⁸⁸ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 26.

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.29.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.28.

118. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, enunciamos el método adecuado de aplicar el artículo XX del GATT de 1994:

Para que a la medida de que se trate pueda hacerse extensiva la protección del artículo XX que la justifique, dicha medida no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares -párrafos a) a j)- recogidas en el artículo XX; debe además satisfacer las prescripciones exigidas por las cláusulas iniciales del artículo XX. En otras palabras, *el análisis es doble: primero la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado g) del artículo XX; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX.*⁹² (itálicas añadidas)

119. El orden indicado de los pasos seguidos en el análisis de una pretensión de justificación al amparo del artículo XX refleja, no una inadvertencia o una elección aleatoria, sino más bien la estructura y la lógica fundamental del artículo XX. El Grupo Especial parece sugerir, aunque indirectamente, que seguir el indicado orden o el orden inverso es exactamente lo mismo. Para el Grupo Especial, invertir el orden establecido en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* "parece igualmente apropiado".⁹³ No estamos de acuerdo.

120. La tarea de interpretar el preámbulo en el sentido de que evita el abuso o el uso indebido de las excepciones específicas previstas en el artículo XX se hace muy difícil, si no imposible, si el intérprete (el Grupo Especial, en este caso) no ha identificado y examinado en primer lugar la excepción específica amenazada de abuso. Además, las normas establecidas en el preámbulo tienen necesariamente un alcance y un ámbito amplios: la prohibición de *aplicar* una medida "en forma que constituya *un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones*" o "una *restricción encubierta* al comercio internacional". (itálicas añadidas) Aplicados a un caso particular, la forma y el contenido reales de estas normas variarán según cual sea la medida que se examina. Lo que adecuadamente se puede calificar de "discriminación arbitraria" o "discriminación injustificable" o "restricción encubierta al comercio internacional" con relación a una categoría de medidas puede no serlo con respecto a otro grupo o categoría de medidas. Por ejemplo, la norma de "discriminación arbitraria" del preámbulo puede no ser igual para una medida considerada necesaria para proteger la moral pública que para una medida relativa a los artículos fabricados en las prisiones.

⁹² Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 25 y 26.

⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.28.

121. Las consecuencias del criterio interpretativo adoptado por el Grupo Especial aparecen claramente en sus conclusiones. El Grupo Especial formuló una norma y un criterio amplios para evaluar las medidas que se pretendía justificar al amparo del preámbulo: se trata de una norma o criterio que no tiene base ni en el texto del preámbulo ni en ninguna de las otras dos excepciones específicas invocadas por los Estados Unidos. En efecto, el Grupo Especial elaboró un criterio *a priori* que trata de definir una categoría de medidas que *ratione materiae*, quedan fuera de la protección justificativa del preámbulo del artículo XX.⁹⁴ En el presente caso, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida de los Estados Unidos en cuestión entraba en la categoría de las medidas excluidas porque el artículo 609 condiciona el acceso de los camarones al mercado interno de los Estados Unidos a la adopción por los países exportadores de ciertas políticas de conservación prescritas por los Estados Unidos. Nos parece, no obstante, que condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones a) a j) del artículo XX. Los párrafos a) a j) incluyen medidas que están reconocidas como *excepciones a obligaciones sustantivas* establecidas en el GATT de 1994, porque se ha reconocido un carácter importante y legítimo a la política interna implícita en esas medidas. No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.

122. Sostenemos que las conclusiones del Grupo Especial reproducidas en el párrafo 112 *supra*, y el análisis interpretativo implícito en las mismas, constituyen un error de interpretación jurídica y en consecuencia las revocamos.

123. Habiendo revocado la conclusión jurídica del Grupo Especial de que la medida en cuestión adoptada por los Estados Unidos "no está comprendida entre las medidas permitidas en virtud del preámbulo del artículo XX"⁹⁵, creemos que es nuestro deber y nuestra responsabilidad completar el análisis jurídico de este caso y determinar si el artículo 609 puede justificarse en el marco del artículo XX. En este empeño, somos plenamente conscientes de nuestra competencia y nuestro mandato de conformidad con las disposiciones del artículo 17 del ESD. En diversas ocasiones nos

⁹⁴ Véase, por ejemplo, el Informe del Grupo Especial, párrafo 7.50.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.62.

hemos encontrado ante una situación similar. Muy recientemente, en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, afirmamos:

En algunas apelaciones ... la revocación de la conclusión de un grupo especial sobre una cuestión jurídica puede requerir que el Órgano de Apelación formule una conclusión sobre una cuestión jurídica que no ha sido abordada por el grupo especial.⁹⁶

En aquel caso, tras revocar la conclusión del grupo especial sobre el apartado b) del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo sobre la Agricultura*, completamos el análisis jurídico formulando una conclusión sobre la compatibilidad de la medida examinada con el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo sobre la Agricultura*. Del mismo modo, en el asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*⁹⁷, tras revocar la conclusión del grupo especial sobre la cuestión de los "productos similares" de la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994, examinamos la compatibilidad de la medida con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Y en el caso *Estados Unidos - Gasolina*⁹⁸, tras revocar las conclusiones del grupo especial sobre la primera parte del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994, completamos el análisis de los términos del párrafo g) del artículo XX para examinar a continuación la aplicación de medida en cuestión en aquel caso según el preámbulo del artículo XX

124. Como en esos casos precedentes, consideramos que en el caso que nos ocupa debemos examinar la pretensión de justificación del artículo 609 al amparo del artículo XX formulada por los Estados Unidos a fin de resolver adecuadamente esta diferencia entre las partes. Procedemos a ello, en parte, reconociendo que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD subraya que: "el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias". Afortunadamente, en el presente caso, como en los casos precedentes mencionados, creemos que los hechos que constan en el expediente de las actuaciones del Grupo Especial nos permiten completar el análisis necesario para resolver esta diferencia.

B. Párrafo g) del artículo XX: justificación provisional del artículo 609

125. Al reclamar la justificación de su medida, los Estados Unidos invocan principalmente el párrafo g) del artículo XX. La justificación al amparo del párrafo b) del artículo XX solamente se pide en su defecto, es decir, los Estados Unidos señalan que debemos examinar el párrafo b) del artículo XX únicamente en el caso de que concluyamos que el artículo 609 no cae bajo el ámbito del

⁹⁶ Adoptado el 23 de julio de 1998, WT/DS69/AB/R, párrafo 156.

⁹⁷ Adoptado el 30 de julio de 1997, WT/DS31/AB/R, páginas 26 y 27.

⁹⁸ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 21 y siguientes.

párrafo g) del mismo artículo.⁹⁹ Por consiguiente, iniciemos el análisis del primer nivel del artículo 609 y el examen de si puede justificarse provisionalmente al amparo de los términos del párrafo g) del artículo XX.

126. El párrafo g) del artículo XX abarca medidas:

relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;

1. "recursos naturales agotables"

127. Comenzamos con la cuestión inicial de si el artículo 609 es una medida que se ocupa de la conservación de los "recursos naturales agotables" en el sentido del párrafo g) del artículo XX. Por supuesto, el Grupo Especial, siguiendo su criterio de "lo primero, el preámbulo", no formuló ninguna conclusión sobre si las tortugas marinas que el artículo 609 pretende conservar constituyen "recursos naturales agotables" a los efectos del párrafo g) del artículo XX. Sin embargo, en sus actuaciones ante el Grupo Especial, las partes en la diferencia discutieron esta cuestión ampliamente y con viveza. La India, el Pakistán y Tailandia sostuvieron que una "interpretación razonable" del término "agotables" era que el término hace referencia a "recursos finitos, como minerales, y no a recursos biológicos o renovables".¹⁰⁰ A su juicio, esos recursos finitos eran agotables "porque las reservas de los mismos eran limitadas y podían agotarse y se agotarían unidad por unidad a medida que se fueran consumiendo".¹⁰¹ Además, sostuvieron, si se consideraran agotables "todos" los recursos naturales, el término "agotables" resultaría superfluo.¹⁰² Se refrieron también a la historia de la redacción del párrafo g) del artículo XX y, en particular, a la mención de ciertos minerales, como el manganeso, en el contexto de los argumentos formulados por algunas delegaciones de que se deberían permitir las "restricciones a la exportación" para la conservación de recursos naturales escasos.¹⁰³ Por su parte, Malasia añadió que las tortugas marinas, en su calidad de seres vivientes, sólo podían examinarse en el marco del párrafo b) del artículo XX, ya que el párrafo g) del mismo artículo había sido concebido

⁹⁹ Comunicación adicional presentada por los Estados Unidos, de fecha 17 de agosto de 1998, párrafo 5.

¹⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.237.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.238. La India, el Pakistán y Tailandia se remiten, entre otras cosas, al documento E/PC/T/C.II/QR/PV/5, 18 de noviembre de 1946, página 79.

para los "recursos naturales agotables inertes".¹⁰⁴ Por consiguiente, según Malasia, los Estados Unidos no pueden invocar simultáneamente las excepciones de los párrafos b) y g) del artículo XX.¹⁰⁵

128. No nos convencen estos argumentos. Literalmente, el párrafo g) del artículo XX *no* se limita a la conservación de recursos naturales "minerales" o "inertes". El principal argumento de los reclamantes tiene su raíz en la idea de que los recursos naturales "vivos" son "renovables" y, por consiguiente, no pueden ser recursos naturales "agotables". No creemos que los recursos naturales "agotables" y los recursos naturales "renovables" se excluyan mutuamente. Una lección que nos enseñan las modernas ciencias biológicas es que las especies vivientes, aunque en principio sean capaces de reproducirse, y, en tal sentido, sean "renovables", de hecho en ciertas circunstancias pueden estar expuestos a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de las actividades humanas. Los recursos vivos son tan "finitos" como el petróleo, el mineral de hierro y otros recursos inertes.¹⁰⁶

129. Los términos del párrafo g) del artículo XX, "recursos naturales agotables", fueron acuñados realmente hace más de 50 años. El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* -que informa no sólo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye- reconoce explícitamente "el objetivo de un *desarrollo sostenible*"¹⁰⁷:

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.240.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Observamos, por ejemplo, que la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo afirmaba: "Las especies del planeta están sometidas a presión. Existe un consenso científico creciente en cuanto que ciertas especies desaparecen a un ritmo nunca conocido hasta ahora en el planeta ...". Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Our Common Future* (Oxford University Press, 1987), página 13.

¹⁰⁷ Generalmente se acepta que este concepto engloba el desarrollo económico y social y la protección del medio ambiente. Véase, por ejemplo, G. Handl, "Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations", en *Sustainable Development and International Law* (ed. W. Lang, 1995), página 35; Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Our Common Future* (Oxford University Press, 1987), página 43.

Las Partes en el presente Acuerdo,

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a *eleva los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva, y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios*, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el *objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo* de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico, ...¹⁰⁸
(*itálicas añadidas*)

130. Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo g) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo".¹⁰⁹ Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos. Por ejemplo, en 1982, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹¹⁰, al decidir los derechos jurisdiccionales de los Estados ribereños en su zona económica exclusiva, establece:

¹⁰⁸ Preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*.

¹⁰⁹ Véase *Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion* (1971) Informe de la Corte Internacional de Justicia, página 31. La Corte Internacional de Justicia afirmó que cuando los conceptos incorporados a un tratado son "por definición, evolutivos", su "interpretación no puede permanecer insensible a la evolución posterior del derecho ... Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación". Véase también *Aegean Sea Continental Shelf Case*, (1978) Informe de la CIJ, página 3; Jennings y Watts (editores), *Oppenheim's International Law*, novena edición, volumen I (Longman's, 1992), página 1282 y E. Jiménez de Arechaga, "International Law in the Past Third of a Century", (1978-I) 159 *Recueil des Cours* 1, página 49.

¹¹⁰ Hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, documento de las Naciones Unidas A/CONF.62/122, 21 *International Legal Materials* 1261. Advertimos que la India, Malasia y el Pakistán han ratificado la Convención. Tailandia la ha firmado pero no la ha ratificado y los Estados Unidos no la han firmado. En la Audiencia los Estados Unidos declararon: "... no hemos ratificado esta Convención si bien, con respecto a la ley de pesca, creemos que en su mayor parte la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar refleja el derecho internacional consuetudinario". Véase también, por ejemplo, W. Burke, *The New International Law of Fisheries* (Clarendon Press, 1994), página 40:

Los derechos soberanos del Estado ribereño sobre la pesca no se consideran parte del derecho internacional consuetudinario. Las pruebas basadas en la práctica de los Estados que apoyan esta consideración derivan no sólo del elevado número de Estados ribereños que reclaman una zona económica exclusiva (ZEE) en la que ejercer esos derechos, sino también en que muchos de los Estados que no reclaman una ZEE ejercen derechos no muy diferentes de los que tienen una ZEE. La disposición de la Convención de 1982 relativa a los derechos soberanos del Estado ribereño forma también parte de esta prueba, pero tiene un peso particular debido a la uniformidad de la práctica de los Estados al margen de la Convención.

Artículo 56

*Derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la
zona económica exclusiva*

1. En la zona económica exclusiva el Estado ribereño tiene:
 - a) derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los *recursos naturales, tanto vivos como no vivos*, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, ... (itálicas añadidas)

La Convención se refiere también repetidas veces en sus artículos 61 y 62 a los "recursos vivos" al especificar los derechos y deberes de los Estados en su zona económica exclusiva. La Convención sobre la Diversidad Biológica¹¹¹ utiliza el concepto de "recursos biológicos". El Programa 21¹¹² habla más generalmente de "recursos naturales" y formula declaraciones detalladas sobre los "recursos marinos vivos". Además, la Resolución sobre el apoyo a los países en desarrollo, adoptada conjuntamente con la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, señala:

Conscientes de que la conservación, cuidado y aprovechamiento de los *bienes naturales vivos* constituyen una parte importante del desarrollo y de que las especies migratorias constituyen a su vez una parte importante de estos bienes.¹¹³ (itálicas añadidas)

131. Ante el reciente reconocimiento por la comunidad internacional de la importancia de una acción bilateral o multilateral concertada para proteger los recursos naturales vivos, y recordando el reconocimiento explícito hecho por los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, creemos que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994 puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables.¹¹⁴

¹¹¹ Hecha en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, PNUMA/Bio.Div./N7-INC5/4, 31 *International Legal Materials* 818. Señalamos que la India, Malasia y el Pakistán han ratificado la Convención sobre la Diversidad Biológica, y que Tailandia y los Estados Unidos la han firmado pero no la han ratificado.

¹¹² Adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 14 de junio de 1992, documento de las Naciones Unidas A/CONF.151/26/Rev.1. Véanse por ejemplo los párrafos 17.70 y siguientes.

¹¹³ Acta final de la Conferencia para la conclusión de una Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, hecha en Bonn, el 23 de julio de 1979, 19 *International Legal Materials* 11, página 15. Advertimos que la India y el Pakistán han ratificado la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, pero que Malasia, Tailandia y los Estados Unidos no son partes en la Convención.

¹¹⁴ Además, la historia de la redacción no revela ningún deseo por parte de los autores del GATT de 1947 de *excluir* los recursos naturales "vivos" del ámbito de aplicación del párrafo g) del artículo XX.

Además, dos informes de grupos especiales del GATT de 1947 previamente adoptados concluyeron en que la pesca es un "recurso natural agotable" en el significado del párrafo g) del artículo XX.¹¹⁵ Sostenemos que, de acuerdo con el principio de eficacia en la interpretación de los tratados¹¹⁶, las medidas destinadas a conservar recursos naturales extinguidos, tanto *vivos como no vivos* pueden quedar comprendidas en el apartado g) del artículo XX.

132. Pasamos a continuación a la cuestión de si los recursos naturales vivos que la medida pretende conservar son "agotables" según el párrafo g) del artículo XX. Todos los participantes y terceros participantes en el caso parecen reconocer que este elemento se aplica a las cinco especies de tortugas marinas en cuestión. De hecho, sería difícil discutir la agotabilidad de las tortugas marinas ya que la totalidad de las siete especies reconocidas de tortugas marinas aparecen en la lista del Apéndice 1 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres ("CITES"). La lista del Apéndice 1 incluye "todas las especies *amenazadas de extinción* que son o pueden ser afectadas por el comercio".¹¹⁷ (itálicas añadidas)

133. Por último, observamos que las tortugas marinas son animales altamente migratorios que van y vienen por las aguas sometidas a la jurisdicción de varios Estados ribereños y por el alta mar. En su informe, el Grupo Especial afirmó:

... La información señalada a la atención del Grupo Especial, incluidas las declaraciones documentadas de los expertos, en general *confirma el hecho de que las tortugas marinas, en ciertas circunstancias de su vida, migran a través de las aguas de varios países y de alta mar ...*¹¹⁸ (itálicas añadidas)

¹¹⁵ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de atún y productos del atún del Canadá*, adoptado el 22 de febrero de 1982, IBDD 29S/91, párrafo 4.9; *Canadá - Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 25S/98, párrafo 4.4.

¹¹⁶ Véanse los siguientes informes del Órgano de Apelación: *Estados Unidos - Gasolina*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 27; *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, página 12; y *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, adoptado el 25 de febrero de 1997, WT/DS24/AB/R, página 16. Véase también Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, novena edición, volumen I (Longman's, 1992), páginas 1280-1281; M.S. McDougal, H.D. Lasswell y J. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (New Haven/Martinus Nijhoff, 1994), página 184; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, segunda edición (Manchester University Press, 1984), página 118; D. Carreau, *Droit International* (Ediciones A. Pedone, 1994), párrafo 369; P. Daillier y A. Pellet, *Droit International Public*, quinta edición (L.G.D.J., 1994), párrafo 17.2; L.A. Podesta Costa y J.M. Ruda, *Derecho Internacional Público* (Tipográfica Editora Argentina, 1985), páginas 109-110 y M. Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, undécima edición (Tecnos, 1997), página 169.

¹¹⁷ CITES, artículo II.1.

¹¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.53.

Es bien sabido que las especies de tortugas marinas del presente caso, es decir, las cubiertas por el artículo 609, se dan en aguas jurisdiccionales de los Estados Unidos.¹¹⁹ Por supuesto, no se pretende que *todas* las poblaciones de esas especies migren o atraviesen en un momento u otro aguas jurisdiccionales de los Estados Unidos. Ni el apelante ni ninguno de los apelados reclama ningún derecho de propiedad exclusiva de las tortugas marinas, al menos mientras vivan y se desplacen libremente por su hábitat natural, los océanos. No entramos en la cuestión de si hay una limitación jurisdiccional implícita en el párrafo g) del artículo XX ni de la naturaleza y ámbito de esa limitación, si la hubiere. Nos limitamos a advertir que en cualquier caso, y en las circunstancias específicas del caso que nos ocupa, existe un vínculo suficiente entre las poblaciones migratorias y marinas amenazadas del caso y los Estados Unidos a los efectos del párrafo g) del artículo XX.

134. Por las razones precedentes concluimos que las tortugas marinas del presente caso constituyen "recursos naturales agotables" a los efectos del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994.

2. "relativa a la conservación de los [recursos naturales agotables]"

135. El párrafo g) del artículo XX exige que la medida cuya justificación se reclama sea "relativa a" la conservación de recursos naturales agotables. Al proceder a esta determinación, el intérprete del tratado examina esencialmente la relación existente entre la medida en cuestión y la política legítima de conservar recursos naturales agotables. Conviene tener presente que todos los participantes en esta apelación y en realidad la inmensa mayoría de las naciones del mundo comparten la política de proteger y conservar las tortugas marinas amenazadas del presente caso.¹²⁰ Ninguna de las partes y terceros participantes en la diferencia cuestiona la autenticidad del compromiso de los demás participantes con esta política.¹²¹

136. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina* examinamos la relación entre las normas para el establecimiento de líneas de base establecidas por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos y la conservación de los recursos naturales a los efectos del párrafo g) del artículo XX. En aquel caso respondimos afirmativamente a la cuestión planteada al grupo especial de

¹¹⁹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 2.6. El Reglamento de 1987, 52 Fed. Reg. 24244 (29 de junio de 1987) identificaba cinco especies de tortugas marinas que vivían en las áreas en cuestión y que, por tanto, estaban incluidas en el ámbito de la reglamentación: las tortugas caguama (*Caretta caretta*), las tortugas cotorras (*Lepidochelys kempi*), las tortugas verdes (*Chelonia mydas*), las tortugas laúd (*Dermochelys coriacea*) y las tortugas carey (*Eretmochelys imbricata*). El artículo 609 se refiere a "las especies de tortugas marinas cuya conservación es objeto de las regulaciones promulgadas por el Secretario de Comercio el 29 de junio de 1987".

¹²⁰ Los Estados partes en la CITES son actualmente 144.

¹²¹ Advertimos que todos los participantes en la presente apelación son Partes en la CITES.

si las normas de establecimiento de la línea de base estaban "destinadas principalmente a" la conservación del aire puro¹²²:

... Las normas para el establecimiento de líneas de base, individuales o estatutarias, fueron establecidas con el propósito de permitir el examen y control del nivel de cumplimiento de los requisitos de "no degradación" por parte de los refinadores, importadores y mezcladores. Sin unas líneas de base de algún tipo, sería imposible ese examen y se obstaculizaría sustancialmente el logro del objetivo de la Reglamentación sobre Gasolinas, es decir, estabilizar el nivel de contaminación del aire registrado en 1990 e impedir su ulterior deterioro. ... Habida cuenta de esa relación sustancial, consideramos que no puede estimarse que las normas para el establecimiento de líneas de base solamente tienen por objeto la conservación del aire puro en los Estados Unidos a los efectos del apartado g) del artículo XX de una forma accidental o por advertencia.¹²³

La relación sustancial que constatamos entre las normas para el establecimiento de la línea de base de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y la conservación del aire puro en los Estados Unidos era una auténtica y estrecha relación de medios y fines.

137. En el caso que nos ocupa debemos examinar la relación existente entre la estructura general y el diseño de la medida que contemplamos, el artículo 609, y el objetivo de política que pretende cumplir, es decir, la conservación de las tortugas marinas.

138. El párrafo 1) b) del artículo 609 prohíbe la importación de camarón o productos del camarón que hayan sido capturados haciendo uso de tecnología de pesca comercial que pueda tener efectos negativos en las tortugas marinas. Esta disposición tiene por objeto influir en los países para que adopten programas reglamentarios nacionales que exijan la utilización de DET por sus pescadores de camarones. A este respecto, es importante señalar que la estructura general y el diseño del artículo 609 *cum* las directrices de aplicación tienen un objeto muy preciso. La prohibición de importaciones tiene dos excepciones básicas, que clara y directamente se refieren ambas al objetivo político de conservar las tortugas marinas. En primer lugar, el artículo 609, en su forma desarrollada por las Directrices de 1996, excluye de la prohibición de importaciones al "camarón pescado en condiciones que no afectan a las tortugas marinas". Así, por sus propios términos la medida excluye de la prohibición: los camarones procedentes de una instalación de acuicultura, las especies de camarones (como el camarón *pandalid*) pescados en aguas donde normalmente no viven las tortugas marinas, y los camarones pescados exclusivamente con medios artesanales, incluso por países no

¹²² Informe adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 22.

¹²³ *Ibid.*

certificados.¹²⁴ La pesca de camarones en esas condiciones claramente no afecta a las tortugas marinas. En segundo lugar, según el párrafo 2) b) del artículo 609, la medida exceptúa de la prohibición de importaciones los camarones capturados en aguas jurisdiccionales de los países que hayan obtenido el oportuno certificado.

139. El párrafo 2) b) del artículo 609 establece dos tipos de certificados. En primer lugar, según el apartado C) del párrafo 2) b) del artículo 609, el país puede recibir el certificado de que el medio ambiente pesquero en el que efectúa la pesca no representa una amenaza de captura accidental de las tortugas marinas en el curso de dicha pesca. Existe un riesgo mínimo o nulo de que los arrastreros de camarones que operan en ese medio ambiente puedan hacer daño a las tortugas marinas.

140. El segundo tipo de certificado está previsto en los apartados A) y B) del párrafo 2) b) del artículo 609. Con arreglo a esas disposiciones, desarrolladas en las Directrices de 1996, un país que desee exportar camarones a los Estados Unidos tiene que adoptar un programa reglamentario comparable al programa de los Estados Unidos y presentar una tasa media de capturas accidentales de tortugas marinas que sea comparable a la tasa media de captura accidental por barcos de los Estados Unidos. Se trata esencialmente de la obligación de que un país un adopte un programa reglamentario que exija a los arrastreros comerciales de camarones la utilización de DET en aguas donde exista la posibilidad de interceptar las tortugas marinas.¹²⁵ A nuestro juicio, este requisito está directamente vinculado a la política de conservación de las tortugas marinas. Los participantes no discuten y los expertos consultados por el Grupo Especial¹²⁶ reconocen que la pesca de camarones por arrastreros comerciales con dispositivos mecánicos de recogida en aguas donde conviven los camarones y las tortugas marinas es una causa importante de mortalidad de estas últimas. Además, el Grupo Especial no puso "en tela de juicio el hecho generalmente reconocido por los expertos de que los DET, correctamente instalados y utilizados, y adoptados a la zona en la que se aplican, constituirían un instrumento eficaz para la preservación de las tortugas marinas".¹²⁷

141. Así pues, por su diseño y estructura general el artículo 609 no es una prohibición sencilla y genérica de la importación de camarones impuesta sin tener en cuenta las consecuencias (o la falta de las mismas) del método de pesca empleado en la captura accidental y la mortalidad de las tortugas marinas. Si nos centramos en el diseño de la medida que contemplamos¹²⁸, observamos que el

¹²⁴ Véanse las Directrices de 1996, página 17343.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Véanse, por ejemplo, los párrafos 5.91-5.118 del Grupo Especial.

¹²⁷ Informe de Grupo Especial, párrafo 6.60, nota 674.

¹²⁸ Nos centramos en la *aplicación* de la medida más adelante, en la sección VI.C del presente informe.

artículo 609 *cum* las directrices de aplicación, no tiene un alcance y ámbito desproporcionadamente amplios en relación con el objetivo político de la protección y conservación de las tortugas marinas. En principio, los medios guardan una relación razonable con los fines. La relación de medios a fines entre el artículo 609 y la política legítima de conservar una especie agotable y de hecho, amenazada, es claramente una relación estrecha y real, una relación tan sustancial en todo como la que encontramos en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* entre las normas de establecimiento de la línea de base de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y las normas de conservación del aire puro en los Estados Unidos.

142. A nuestro juicio, por consiguiente, el artículo 609 es una medida "relativa a" la conservación de un recurso natural agotable en el significado del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994.

3. "a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales"

143. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, sostuvimos que es acertado entender la frase citada *supra* del apartado g) del artículo XX,

como una prescripción que impone que la obligación de que las medidas en cuestión no sólo impongan restricciones con respecto a la gasolina importada sino también con respecto a la gasolina de producción nacional. Esa cláusula establece una obligación de *imparcialidad* en los casos en que se impongan restricciones, en beneficio de la conservación, a la producción o al consumo de recursos naturales agotables.¹²⁹

En este caso, debemos examinar si las restricciones impuestas por el artículo 609 a la importación de camarones se imponen también con relación a los camarones capturados por los arrastreros de los Estados Unidos.

144. Hemos advertido ya que el artículo 609, promulgado en 1989, se refiere únicamente a la forma de pescar los camarones importados. Sin embargo, dos años antes, en 1987, los Estados Unidos promulgaron reglamentos en aplicación de la Ley de especies amenazadas en virtud de los cuales se exigía a todos los arrastreros de camarones de los Estados Unidos que utilizaran los DET aprobados, o que limitaran la duración del tiempo de arrastre de las redes en determinadas áreas donde se registraba una mortalidad significativa de tortugas marinas en los copos de camarón.¹³⁰ Estas normas entraron plenamente en vigor en 1990 y fueron modificadas posteriormente. En la actualidad obligan a los arrastreros de camarones de los Estados Unidos a utilizar los DET aprobados "en todos

¹²⁹ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 24.

¹³⁰ 52 Fed. Reg. 24244 (29 de junio de 1987).

los momentos y lugares en que exista la probabilidad de interceptar las tortugas marinas"¹³¹, con ciertas excepciones limitadas.¹³² La violación de la Ley de especies amenazadas o de los reglamentos promulgados en aplicación de la misma es objeto de sanciones civiles y penales.¹³³ En la actualidad el Gobierno de los Estados Unidos recurre a sanciones monetarias y civiles para hacer cumplir la ley.¹³⁴ El Gobierno tiene la facultad de confiscar los camarones capturados por arrastreros que pescan en aguas de los Estados Unidos y así lo ha hecho en casos de violaciones manifiestas.¹³⁵ Creemos que, en principio, el artículo 609 es una medida imparcial.

145. En consecuencia, sostenemos que el artículo 609 es una medida que se aplica conjuntamente con restricciones a la pesca nacional, como exige el apartado g) del artículo XX.

C. Las cláusulas introductorias del artículo XX: Caracterización del artículo 609 según las normas del preámbulo

146. Como ya se ha indicado, los Estados Unidos invocan solamente el párrafo b) del artículo XX en la medida en que sostengamos que el artículo 609 queda fuera del ámbito del párrafo g) del mencionado artículo. Habiendo concluido que el artículo 609 entra dentro de los términos del párrafo g) del artículo XX, es por consiguiente innecesario analizar la medida en los términos del párrafo b) de dicho artículo.

147. Aunque el artículo 609 se justifique provisionalmente al amparo del párrafo g) del artículo XX, para que en última instancia se justifique como excepción al amparo del artículo XX, debe satisfacer también las prescripciones de las cláusulas introductorias -el "preámbulo"- del artículo XX, es decir:

Artículo XX

Excepciones generales

A reserva de que *no se apliquen* las medidas enumeradas a continuación *en forma que constituya un medio de discriminación*

¹³¹ Véanse la Directrices de 1996, página 17343.

¹³² *Ibid.* Según las Directrices de 1996, página 17343, las excepciones son: los barcos equipados exclusivamente de ciertos tipos especiales de aparejos; los barcos cuyas redes se recogen exclusivamente por medios manuales y no mecánicos; y, en circunstancias excepcionales, cuando el Servicio Nacional de Pesca Marítima establece que el uso de DET sería impracticable por las condiciones especiales del medio, se permite a los barcos limitar el tiempo de arrastre en vez de utilizar los DET.

¹³³ Ley de especies amenazadas, artículo 11.

¹³⁴ Declaración de los Estados Unidos en la Audiencia.

¹³⁵ Declaración de los Estados Unidos en la Audiencia.

arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que todo Miembro adopte o aplique las medidas: (itálicas añadidas).

Volvemos, por consiguiente, a la tarea de evaluar el artículo 609, y específicamente la forma en que se aplica en virtud del preámbulo del artículo XX, es decir, a la segunda parte del doble análisis necesario en virtud del artículo XX.

1. Consideraciones generales

148. Comenzamos por señalar uno de los principales argumentos invocados por los Estados Unidos en su comunicación del apelante. Los Estados Unidos sostienen:

En este contexto, una supuesta "discriminación entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" no es "injustificable" cuando el objetivo de política de la excepción del artículo XX aplicada proporciona una base de justificación. Si, por ejemplo, se adopta una medida a los efectos de conservar un recurso natural agotable al amparo del párrafo g) del artículo XX, la medida es pertinente si el objetivo de conservación justifica la discriminación. De este modo, el preámbulo del artículo XX previene contra el uso indebido de las excepciones del mismo artículo para conseguir una protección indirecta.¹³⁶

...

Una evaluación de si una medida constituye una "discriminación injustificable [entre países] en los que prevalezcan las mismas condiciones" deberá tener en cuenta *si ese trato diferente entre países se refiere al objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX. Si una medida establece una diferencia entre países basada en una justificación legítimamente conectada con la política de la excepción del artículo XX, y no por razones proteccionistas, la medida no supone un abuso de la excepción aplicable del artículo XX.*¹³⁷ (itálicas añadidas)

149. Creemos necesario rechazar este argumento. El objetivo de política de la medida en cuestión no puede establecer su base o justificación al amparo de las normas del preámbulo del artículo XX. La legitimidad del objetivo político declarado de la medida y la relación de ese objetivo con la propia medida y su diseño general y su estructura se examinan en el marco del párrafo g) del artículo XX, y el intérprete del tratado puede en ese momento declarar la medida incompatible con el párrafo g) del artículo XX. Si la medida no se considera provisionalmente justificada al amparo del párrafo g) del

¹³⁶ Comunicación del apelante de los Estados Unidos, párrafo 28.

¹³⁷ Comunicación del apelante de los Estados Unidos, párrafo 53.

artículo XX tampoco puede justificarse en última instancia al amparo del preámbulo del mismo artículo XX. Sin embargo, del hecho de que una medida entre en el ámbito del párrafo g) del artículo XX no se infiere que esa medida respete necesariamente los requisitos del preámbulo. Aceptar el argumento de los Estados Unidos supondría ignorar las normas establecidas por el preámbulo.

150. Comenzamos el segundo nivel de nuestro análisis con un examen del sentido corriente de las palabras del preámbulo. El texto literal del preámbulo requiere que no se aplique una medida en forma que constituya un medio de "discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" o una "restricción encubierta al comercio internacional". El preámbulo contiene tres normas: en primer lugar, la discriminación arbitraria entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones; en segundo lugar, la discriminación injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones y, en tercer lugar, la restricción encubierta al comercio internacional. Para que una medida se aplique en una forma que constituya una "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, deben existir tres elementos. En primer lugar, la aplicación de la medida debe dar lugar a una *discriminación*. Como sostuvimos en *Estados Unidos – Gasolina*, la naturaleza y calidad de esta discriminación es diferente de la de la discriminación en el trato de productos, que ya se encontró incompatible con una de las obligaciones sustantivas del GATT de 1994, como los artículos I, III, o XI.¹³⁸ En segundo lugar, la discriminación debe tener un carácter *arbitrario* o *injustificable*. Examinaremos con más detalle este elemento de *arbitrariedad* o *injustificabilidad infra*. En tercer lugar, esta discriminación debe darse *entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones*. En *Estados Unidos - Gasolina* aceptamos la premisa de los participantes en aquella apelación de que esa discriminación podía darse no solamente entre diferentes países Miembros exportadores sino también entre los Miembros exportadores y el Miembro importador afectado.¹³⁹ Así, las normas incorporadas en el texto del preámbulo no sólo son diferentes de los requisitos del párrafo g) del artículo XX sino que son también diferentes de la norma utilizada para llegar a la determinación de que el artículo 609 viola las normas sustantivas del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

¹³⁸ En *Estados Unidos - Gasolina*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 26, afirmamos: "las disposiciones del preámbulo no pueden lógicamente referirse a la misma norma o normas por las que se ha determinado que ha habido infracción de una norma sustantiva".

¹³⁹ *Ibid.*, página 27.

151. En *Estados Unidos - Gasolina*, afirmamos que la "finalidad y objeto de las cláusulas introductorias del artículo XX es en general evitar el "abuso de las excepciones previstas en el [artículo XX]".¹⁴⁰ Más adelante manifestamos:

... El preámbulo incorpora el principio de que aunque las excepciones previstas en el artículo XX puedan invocarse como derechos legales, no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del *Acuerdo General*. En otras palabras, para que esas excepciones no se utilicen mal ni se abuse de ellas, las medidas amparadas por las excepciones particulares deben aplicarse de manera razonable, teniendo debidamente en cuenta tanto las obligaciones legales de la parte que invoca la excepción como los derechos legales de las demás partes interesadas.¹⁴¹

152. Al término de la Ronda Uruguay, los negociadores dieron forma a un preámbulo adecuado para el nuevo *Acuerdo sobre la OMC*, que fortaleciera el sistema multilateral de comercio con el establecimiento de una organización internacional, *inter alia*, a fin de facilitar la aplicación, administración y funcionamiento y favorecer la consecución de los objetivos del mencionado Acuerdo y de los demás Acuerdos resultantes de la Ronda.¹⁴² Reconociendo la importancia de la continuidad con el precedente sistema del GATT, los negociadores utilizaron el preámbulo del GATT de 1947 como modelo del preámbulo del nuevo *Acuerdo sobre la OMC*. No obstante, esos negociadores evidentemente creyeron que el objetivo de la "utilización completa de los recursos mundiales" establecido en el preámbulo del GATT de 1947 ya no resultaba adecuado para el sistema de comercio mundial del decenio de 1990. En consecuencia, decidieron cualificar los objetivos originales del GATT de 1947 en los siguientes términos:

... permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con los objetivos de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico, ...¹⁴³

153. Tomamos nota una vez más¹⁴⁴ de que este lenguaje demuestra el reconocimiento por parte de los negociadores de la OMC que la utilización óptima de los recursos mundiales debe hacerse de

¹⁴⁰ *Ibid.*, página 26.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Acuerdo sobre la OMC*, artículo III.1.

¹⁴³ Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, primer párrafo.

¹⁴⁴ *Supra*, párrafo 129.

conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible. Como este lenguaje del preámbulo refleja las intenciones de los negociadores del *Acuerdo sobre la OMC*, creemos que debe dar color, consistencia y matiz a nuestra interpretación de los Acuerdos anexos al *Acuerdo sobre la OMC*, en este caso, el GATT de 1994. Hemos ya observado que el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1944 se lee adecuadamente desde la perspectiva del párrafo citado del Preámbulo.¹⁴⁵

154. Advertimos también que desde que se negoció el texto del preámbulo, se han producido ciertos acontecimientos que ayudan a elucidar los objetivos de los Miembros de la OMC con respecto a la relación entre el comercio y el medio ambiente. El más significativo, a nuestro juicio, fue la Decisión Ministerial de Marrakech de establecer un Comité de Comercio y Medio Ambiente que tendría carácter permanente. En su decisión sobre comercio y medio ambiente, los Ministros expresaron sus intenciones, en parte, en los términos siguientes:

... *Considerando* que no debe haber, ni es necesario que haya, contradicción política entre la defensa y salvaguardia de un sistema multilateral de comercio abierto, no discriminatorio y equitativo, por una parte, y las medidas de protección del medio ambiente y la promoción de un desarrollo sostenible, por otra ...¹⁴⁶

En esta Decisión, los Ministros tomaron "nota" de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁴⁷, del Programa 21¹⁴⁸ y de su "seguimiento por el GATT, reflejado en la Declaración del Presidente del Consejo de Representantes a las PARTES CONTRATANTES en su cuadragésimo octavo período de sesiones de diciembre de 1992."¹⁴⁹ Advertimos también que esta Decisión estableció el mandato del Comité de Comercio y Medio Ambiente en los siguientes términos:

- a) establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible;

¹⁴⁵ *Supra*, párrafo 131.

¹⁴⁶ Preámbulo de la Decisión sobre comercio y medio ambiente.

¹⁴⁷ Tomamos nota de que el Principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo dice: "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". El Principio 4 de la misma Declaración dice: "A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada".

¹⁴⁸ El Programa 21 está repleto de referencias a la opinión compartida de que el desarrollo económico y la conservación y protección del medio ambiente se deben apoyar mutuamente. Así, el párrafo 2.3 b) del Programa 21 dice: "La economía internacional debería ofrecer un clima internacional propicio para lograr los objetivos en la esfera del medio ambiente ... logrando que el comercio y el medio ambiente se apoyen mutuamente ..." Análogamente, el párrafo 2.9 d) afirma que un "objetivo" de los gobiernos debería ser: "Promover y apoyar políticas nacionales e internacionales que hicieran que el crecimiento económico y la protección del medio ambiente se apoyaran mutuamente."

¹⁴⁹ Preámbulo de la Decisión sobre comercio y desarrollo.

- b) hacer recomendaciones oportunas sobre si son necesarias modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema, en particular en lo que respecta a:
- la necesidad de normas que aumenten la interacción positiva entre las medidas comerciales y las medidas ambientales, para la promoción de un desarrollo sostenible, con especial atención a las necesidades de los países en desarrollo, y en particular de los menos adelantados;
 - la evitación de medidas comerciales proteccionistas y la adhesión a disciplinas multilaterales eficaces que garanticen la capacidad de respuesta del sistema multilateral de comercio a los objetivos ambientales enunciados en el Programa 21 y la Declaración de Río, en particular el Principio 12; y
 - la vigilancia de las medidas comerciales utilizadas con fines ambientales, de los aspectos de las medidas ambientales relacionados con el comercio que tengan efectos comerciales significativos y de la aplicación efectiva de las disciplinas multilaterales a que están sometidas esas medidas.¹⁵⁰

155. Siguiendo estas instrucciones, el Consejo General de la OMC estableció en 1995 el Comité de Comercio y Medio Ambiente, que dio comienzo a su importante labor. En ausencia de recomendaciones específicas del Comité a los Miembros de la OMC sobre las cuestiones planteadas en su mandato y en ausencia, hasta ahora, de enmiendas o modificaciones convenidas de las disposiciones sustantivas del GATT de 1994 y del *Acuerdo sobre la OMC*, debemos hacer frente a nuestra responsabilidad en este caso concreto, que consiste en interpretar el lenguaje existente del preámbulo del artículo XX examinando su sentido corriente, a la luz de su contexto y su objeto y fin, a fin de determinar si la medida de los Estados Unidos en cuestión puede justificarse al amparo del artículo XX. Es oportuno que tengamos en cuenta, como parte del contexto del preámbulo, el lenguaje específico del preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* que, como hemos dicho, da color, consistencia y forma a los derechos y obligaciones de los Miembros, dimanantes del *Acuerdo sobre la OMC*, en general, y del GATT de 1994, en particular.

156. Volviendo, pues, al preámbulo del artículo XX, consideramos que incorpora el reconocimiento por parte de los Miembros de la OMC de la necesidad de mantener un equilibrio de derechos y obligaciones entre, por una parte, el derecho de un Miembro a invocar alguna de las excepciones del artículo XX, especificadas en los párrafos a) a j) y, por otra, los derechos sustantivos que el GATT de 1994 concede a los demás Miembros. El abuso o el uso indebido del ejercicio por un Miembro de su derecho a justificar su incumplimiento invocando una excepción, como la del párrafo g) del artículo XX, erosionará o menoscabará los derechos sustantivos de carácter

¹⁵⁰ Decisión sobre comercio y desarrollo.

convencional de otros Miembros, reconocidos, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo XI. Del mismo modo, como el propio GATT de 1994 prevé el uso de las excepciones del artículo XX en reconocimiento de la naturaleza legítima de las políticas e intereses englobados en el mismo, el derecho a invocar alguna de esas excepciones no debe hacerse ilusorio. El mismo concepto puede expresarse desde una perspectiva ligeramente diferente en los términos siguientes: se debe establecer un equilibrio entre el *derecho* de un Miembro a invocar una excepción en virtud del artículo XX y el *deber* de ese mismo Miembro de respetar los derechos convencionales de otros Miembros. Permitir que un Miembro haga un uso abusivo o indebido de su derecho de invocar una excepción equivaldría de hecho a permitir a ese Miembro degradar sus propias obligaciones convencionales y devaluar los derechos convencionales de otros Miembros. Si el uso indebido o el abuso son lo suficientemente graves o amplios, el Miembro reduce de hecho sus obligaciones convencionales a una obligación meramente facultativa y disuelve su carácter jurídico y, de esta forma, niega absolutamente los derechos convencionales de otros Miembros. El preámbulo fue colocado delante de la lista de "Excepciones generales" del artículo XX a fin de evitar esas graves consecuencias.

157. A nuestro juicio, el lenguaje del preámbulo deja claro que cada una de las excepciones contenidas en los párrafos a) a j) del artículo XX es una excepción *limitada y condicional* de las obligaciones sustantivas contenidas en las demás disposiciones del GATT de 1994, es decir, la disponibilidad en última instancia de la excepción está sujeta a que el Miembro que la invoca cumpla las prescripciones del preámbulo.¹⁵¹ Esta interpretación del preámbulo se ve confirmada por la historia de su negociación.¹⁵² El texto propuesto inicialmente por los Estados Unidos en 1946 para el preámbulo del que luego sería el artículo XX no estaba sujeto a ninguna salvedad ni condición.¹⁵³

¹⁵¹ Esta opinión es coherente con el criterio adoptado por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, cuando afirmó:

El artículo XX se titula "Excepciones generales" y ... la oración principal de la cláusula introductoria está concebida en los siguientes términos: "ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir ... adopte o aplique las medidas...". En el apartado d) del artículo XX se prevé pues *una excepción limitada y condicional a las obligaciones impuestas por otras disposiciones*. (itálicas añadidas) Adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/345, párrafo 5.9.

¹⁵² El artículo 32 de la Convención de Viena autoriza el recurso a "medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable". En este caso, nos referimos a la historia de la negociación del artículo XX para confirmar la interpretación del preámbulo a la que hemos llegado aplicando el artículo 31 de la Convención de Viena.

¹⁵³ El preámbulo del artículo 32 del Proyecto de Carta de los Estados Unidos para una Organización Internacional de Comercio -que sirvió de base para los debates que tuvieron lugar en el primer período de

Durante el primer período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, celebrada en 1946, se hicieron varias propuestas que sugerían modificaciones.¹⁵⁴ En noviembre de 1946 el Reino Unido propuso que, a fin de evitar el abuso de las excepciones establecidas en el artículo 32 [que posteriormente se convertiría en el artículo XX], se introdujera una salvedad en el preámbulo de esta disposición.¹⁵⁵ Esta propuesta fue aceptada en general, con sujeción a una ulterior revisión de su texto concreto. En consecuencia, la historia de la negociación del artículo XX también confirma que los párrafos del artículo XX establecen excepciones *limitadas y condicionales* de las obligaciones previstas en las disposiciones sustantivas del GATT. Cualquier medida, para reunir finalmente las condiciones necesarias para constituir una excepción, también debe cumplir los requisitos del preámbulo. Éste es un aspecto fundamental del equilibrio de derechos y obligaciones que han encontrado los primeros redactores del GATT de 1947.

158. El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho

sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, en 1946, decía, en la parte pertinente:

Nada de lo dispuesto en el Capítulo IV de la presente Carta se interpretará en el sentido de que impida a un Miembro adoptar o poner en vigor medidas: ...

¹⁵⁴ Por ejemplo, los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo declararon que las excepciones debían sujetarse a algún tipo de salvedad:

La protección indirecta constituye un fenómeno indeseable y peligroso. ... Muchas veces se hace un uso abusivo de las estipulaciones "proteger la vida o la salud de los animales o preservar los vegetales con fines de protección indirecta. Se recomienda insertar una cláusula que prohíba expresamente la utilización de medidas de ese tipo para establecer una protección indirecta o, en general, aplicar estas medidas para obtener resultados, que son incompatibles [*sic*] con la finalidad de los capítulos IV, V y VI. (E/PC/T/C.II/32, 30 de octubre de 1946.)

¹⁵⁵ El texto propuesto por los Estados Unidos para el preámbulo decía:

El compromiso previsto en el capítulo IV de la presente Carta relativo a las restricciones a la importación y a la exportación no será interpretado en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique las medidas que se indican a continuación, siempre que no se apliquen de manera tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario entre los países en los que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional. (E/PC/T/C.II/50, páginas 7 y 9; E/PC/T/C.II/54/Rev.1, 28 de noviembre de 1946, página 36.)

debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable.¹⁵⁶ El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado. Habiendo dicho esto, nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional.¹⁵⁷

159. La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos.

160. Teniendo presentes estas consideraciones generales, pasamos a examinar a si la *aplicación* de la medida estadounidense, a pesar de que la medida misma esté comprendida en los términos del apartado g) del artículo XX, constituye un "medio de discriminación arbitrario o injustificable entre [...] países en que [prevalecen] las mismas condiciones" o "una restricción encubierta al comercio internacional". En otras palabras, analizaremos si la aplicación de esta medida constituye un abuso o

¹⁵⁶ B. Cheng, *General Principles of Law* (1953), capítulo 4, en particular, en la página 125 dice lo siguiente:

El ejercicio de un derecho en forma razonable y de buena fe en tal caso es el ejercicio que resulte apropiado y necesario para el objetivo de ese derecho (es decir, que promueva los intereses que el derecho está destinado a proteger). Al mismo tiempo, debe ser *justo y equitativo entre las partes* y no ser objeto de un cálculo para procurar a una de ellas una ventaja inequitativa a la luz de la obligación asumida. El ejercicio razonable del derecho se considera compatible con la obligación. Pero el ejercicio del derecho de tal forma que perjudique los intereses de la otra parte contratante dimanante del tratado es irrazonable y se considera incompatible con la ejecución de buena fe de la obligación dimanante del tratado, así como un incumplimiento del tratado (traducción de la Secretaría).

Véase también, por ejemplo, Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed, volumen I (Longman's, 1992), páginas 407-410, *Border and Transborder Armed Actions Case* (1988), I.C.J. Rep. 105; *Right of Nationals of the United States in Morocco Case* (1952) I.C.J. Rep. 142; *Anglo-Norwegian Fisheries Case* (1951) I.C.J. Rep. 142.

¹⁵⁷ Convención de Viena, apartado c) del párrafo 3) del artículo 31.

un uso indebido de la justificación provisional que ofrece el apartado g) del artículo XX. Señalamos, en forma preliminar, que la aplicación de una medida puede describirse como equivalente a un abuso o uso indebido de una excepción prevista en el artículo XX no solamente cuando las disposiciones detalladas relativas a la aplicación prescriben una actividad arbitraria o injustificable, sino también cuando la medida, por lo demás aparentemente justa y equitativa, se aplica efectivamente en una forma arbitraria o injustificable. Las normas del preámbulo, a nuestro juicio, generan tanto requisitos de fondo como de procedimiento.

2. "Discriminación injustificable"

161. En primer lugar investigaremos si el artículo 609 ha sido aplicado en forma que constituya un "medio de discriminación injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones". Tal vez la deficiencia más patente en la aplicación de esta medida se relacione con efecto deliberado y efectivamente coactivo con respecto a las decisiones de política concreta adoptadas por los gobiernos extranjeros, Miembros de la OMC. El artículo 609, en su aplicación, constituye de hecho un embargo económico que exige a todos los Miembros exportadores, que deseen ejercer los derechos que les corresponden en virtud del GATT, que adopten *esencialmente la misma* política (junto con un programa aprobado para exigir el cumplimiento) que la que se aplica, y cuya observancia se exige, a los arrastreros estadounidenses dedicados a la pesca del camarón. Tal como las promulgó el Congreso de los Estados Unidos, las disposiciones *legales* del artículo 609 b) 2) A) y B) por sí solas, no *requieren* que los demás Miembros de la OMC adopten *esencialmente la misma política* y las mismas prácticas para exigir el cumplimiento que adoptaron los Estados Unidos. Consideradas en sí mismas, las disposiciones parecen permitir cierto grado de discreción o flexibilidad en la forma en que podrían aplicarse, en la práctica a otros países las normas para determinar la comparabilidad.¹⁵⁸ No obstante, cualquier flexibilidad que pudiera haberse propuesto el Congreso al promulgar las disposiciones legales ha sido eliminada de hecho en la puesta en aplicación de esa política a través de las Directrices de 1996, promulgadas por el Departamento de Estado, y a través de la práctica de los administradores en la formulación de las determinaciones relativas a la certificación.

¹⁵⁸ De conformidad con el artículo 609 b) 2), el país pesquero podrá recibir una certificación, y por lo tanto quedar exento de la prohibición de las importaciones, si:

- A) el gobierno del país pesquero facilitó pruebas documentales de haber adoptado un programa reglamentario que rija la captura accidental de dichas tortugas marinas en el curso de la pesca que sea comparable al de los Estados Unidos; y
- B) la tasa media de esa captura accidental llevada a cabo por los buques del país pesquero es comparable a la tasa media de captura accidental de tortugas marinas llevada a cabo por los buques estadounidenses en el curso de dicha pesca ...

162. Según las Directrices de 1996, la certificación "se efectuará" en virtud del artículo 609 b) 2) A) y B) si el programa del país exportador incluye la obligación de que todos los barcos dedicados a la pesca comercial del camarón con redes de arrastre que operen en aguas en las que exista la posibilidad de atrapar tortugas marinas utilicen, en todo momento, DET cuya eficacia sea comparable a la de los utilizados en los Estados Unidos.¹⁵⁹ En virtud de estas Directrices, cualquiera de las excepciones a la obligación de utilización de los DET debe ser comparable a las excepciones establecidas en el programa de los Estados Unidos.¹⁶⁰ Además, el país pesquero debe mantener medidas convincentes para asegurar el cumplimiento.¹⁶¹ El texto de las Directrices de 1996 es preceptivo: la certificación "shall be made" ("se efectuará") si estas condiciones se cumplen. Sin embargo, consideramos que estas normas también se aplican en una forma *exclusiva*. Es decir, las Directrices de 1996 especifican la *única* forma en que el programa reglamentario del país pesquero puede considerarse "comparable" al programa estadounidense y, en consecuencia, definen la *única* forma en que el país pesquero puede recibir un certificado en virtud del artículo 609 b) 2) A) y B). Aunque las Directrices de 1996 indican que, al formular una determinación de comparabilidad, el Departamento de Estado "tendrá también en cuenta las demás medidas que el país pesquero adopte para proteger a las tortugas marinas"¹⁶², en la práctica, los funcionarios competentes del Gobierno solamente verifican si existe un programa reglamentario que exija la utilización de los DET o un programa reglamentario que pueda estar comprendido en una de las excepciones sumamente limitadas a disposición de los barcos arrastreros estadounidenses que se dedican a la pesca del camarón.¹⁶³

163. La *aplicación* efectiva de la medida, a través de la aplicación de las Directrices de 1996 y de la práctica reglamentaria de los administradores, *requiere* a otros Miembros de la OMC que adopten un programa reglamentario que no sea simplemente *comparable*, sino *esencialmente el mismo*, que el que se aplica a los arrastreros estadounidenses que se dedican a la pesca del camarón. En consecuencia, el efecto de la aplicación del artículo 609 es establecer una norma rígida e inflexible en virtud de la cual los funcionarios estadounidenses determinan si los países recibirán o no un certificado, concediendo o denegando de esa forma a otros países el derecho de exportar camarones a

¹⁵⁹Directrices de 1996, página 17344.

¹⁶⁰ Como ya se observó, estas excepciones son sumamente limitadas y actualmente solamente comprenden: barcos equipados exclusivamente con determinados tipos especiales de aparejos: barcos cuyas redes sean recogidos exclusivamente a mano y no por medios mecánicos; y en circunstancias excepcionales, cuando el Servicio Nacional de Pesca Marítima determine que la utilización de los DET resultaría imposible debido a las condiciones ambientales especiales, se autoriza a los barcos a limitar el tiempo de arrastre de las redes en lugar de utilizar los DET. Véanse las Directrices de 1996, página 17343. En la audiencia, los Estados Unidos nos informaron de que la excepción de limitación del tiempo de arrastre ya no podía invocarse.

¹⁶¹ Directrices de 1996, página 17344.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Declaraciones de los Estados Unidos en la audiencia.

los Estados Unidos. Los administradores que efectúan la determinación de la comparabilidad, en la práctica, no tienen en cuenta otras políticas y medidas concretas que puede haber adoptado un país exportador para la protección y la conservación de las tortugas marinas.¹⁶⁴

164. Comprendemos que los Estados Unidos apliquen una norma uniforme en todo su territorio, con independencia de las condiciones particulares que existan en determinadas partes del país. Los Estados Unidos exigen la utilización en todo momento de los DET aprobados a los arrastreros nacionales que se dedican a la pesca comercial del camarón en aguas en las que existe la probabilidad de que interfieran con las tortugas marinas, independientemente de la incidencia efectiva de las tortugas marinas en esas aguas, las especies de esas tortugas marinas u otras diferencias o disparidades que puedan existir en diferentes partes de los Estados Unidos. Puede ser bastante aceptable que un gobierno, al adoptar y aplicar una política nacional, adopte una única norma aplicable a todos sus ciudadanos en todo el país. No obstante, no es aceptable en las relaciones comerciales internacionales que un Miembro de la OMC utilice un embargo económico para *exigir* que otros Miembros adopten esencialmente el mismo programa reglamentario integral para alcanzar determinada meta política, como el programa en vigor en el territorio de ese Miembro, *sin* tener en cuenta las diferentes condiciones que puedan existir en los territorios de esos otros Miembros.

165. Además, en el momento en que esta diferencia se sometió al Grupo Especial y al presente Órgano, los Estados Unidos no permitían las importaciones de camarones capturados por los arrastreros comerciales dedicados a la pesca del camarón que utilizaban DET comparables en eficacia a los exigidos en los Estados Unidos cuando esos camarones procedían de aguas de países que no habían recibido el certificado de conformidad con el artículo 609. En otras palabras, el *camarón capturado utilizando métodos idénticos a aquellos empleados en los Estados Unidos* ha sido excluido del mercado estadounidense solamente porque fue capturado en aguas de *países que no recibieron el certificado de los Estados Unidos*. Es difícil conciliar la situación resultante con el objetivo de política declarado de proteger y conservar a las tortugas marinas. Ello nos sugiere que esta medida, en su aplicación, tiende más a influir efectivamente en los Miembros de la OMC para que adopten esencialmente el mismo régimen reglamentario integral que el aplicado por los Estados Unidos a sus arrastreros nacionales que se dedican a la pesca del camarón, aun cuando muchos de esos Miembros puedan tener una situación diferente. Estimamos que la discriminación no solamente tiene lugar cuando países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida en cuestión no permite ninguna investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países exportadores.

¹⁶⁴ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

166. Otro aspecto de la aplicación del artículo 609 que tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una discriminación es justificable o injustificable es el hecho de que los Estados Unidos no han emprendido con los apelados, así como con otros Miembros que exportan camarones a los Estados Unidos, negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de poner en aplicación la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos otros Miembros. La constatación fáctica pertinente del Grupo Especial dice lo siguiente:

... No obstante, no tenemos pruebas de que los Estados Unidos emprendieran efectivamente negociaciones para concertar un acuerdo relativo a las técnicas de conservación de las tortugas marinas que hubiese incluido a los reclamantes antes de la imposición de la prohibición de las importaciones como consecuencia de la decisión del CIT. De las respuestas que dieron las partes a nuestra pregunta sobre este asunto, en particular la respuesta de los Estados Unidos, deducimos que los Estados Unidos no propusieron la negociación de un acuerdo a ninguno de los reclamantes sino hasta la conclusión de las negociaciones sobre una Convención interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas, en septiembre de 1996, es decir, bastante después de la fecha límite para la imposición de la prohibición de las importaciones, el 1º de mayo de 1996. Incluso entonces, parece que los esfuerzos consistieron simplemente en un intercambio de documentos. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que, a pesar de la posibilidad que les ofrecía su legislación, los Estados Unidos no celebraron negociaciones antes de imponer la prohibición de las importaciones. Como consideramos que las medidas cuya adopción buscaban los Estados Unidos eran de un tipo que normalmente requeriría la cooperación internacional, no consideramos necesario examinar si las partes celebraron negociaciones de buena fe ni si los Estados Unidos, al no obtenerse ningún resultado, habrían estado facultados para adoptar medidas unilaterales.¹⁶⁵ (itálicas añadidas)

167. A propósito del hecho de no haber recurrido antes de manera consecuente a la diplomacia como instrumento de política de protección medioambiental, omisión que tiene efectos discriminatorios para los países que exportan camarón a los Estados Unidos, con los cuales no se han concluido acuerdos internacionales, o ni siquiera se ha intentado seriamente concluirlos, cabe formular varias observaciones. En primer lugar, al promulgar esta Ley, el Congreso de los Estados Unidos reconoció expresamente la importancia de concluir acuerdos internacionales para la protección y conservación de determinadas especies de tortugas marinas. El artículo 609 a) *prescribe* al Secretario de Estado lo siguiente:

¹⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.56.

- 1) iniciar, a la mayor brevedad posible, negociaciones encaminadas a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países para la protección y conservación de las susodichas especies de tortugas marinas;
- 2) *iniciar negociaciones a la mayor brevedad posible con todos los gobiernos extranjeros que llevan a cabo operaciones de pesca comercial o que cuentan con personas o empresas que llevan a cabo actividades que, tal como queden definidas por el Secretario de Comercio, puedan tener consecuencias negativas para esas especies de tortugas marinas, al efecto de concertar tratados bilaterales o multilaterales con esos países para proteger dichas especies;*
- 3) *alentar todo acuerdo con otros países que promueva los fines de este artículo mediante la protección de regiones terrestres y marítimas específicas que sean de especial importancia para la salud y estabilidad de dichas especies de tortugas marinas;*
- 4) *iniciar el proceso de enmienda a todo tratado internacional existente para la protección y conservación de dichas especies de tortugas marinas en el que los Estados Unidos sean parte, con objeto de ponerlo de conformidad con los fines y las políticas de este artículo; y*
- 5) facilitar al Congreso antes de que transcurra un año tras la fecha de promulgación de este artículo ...
 - C) un informe completo sobre:
 - i) los resultados de sus actividades a tenor de este artículo; ...
(*itálicas añadidas*)

Además de la negociación de la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas¹⁶⁶ (la “Convención Interamericana”) que concluyó en 1996, los antecedentes que tuvo ante sí el Grupo Especial no incluían ningún intento serio y sustancial de cumplir estas instrucciones expresas del Congreso.¹⁶⁷

168. En segundo lugar, la protección y conservación de especies altamente migratorias de tortugas marinas es decir, el mismo objetivo de política ambiental de la medida, exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas. La necesidad y conveniencia de tales esfuerzos han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales. Como se señalaba antes, la Decisión sobre

¹⁶⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, Documento AA.

¹⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.56.

comercio y medio ambiente, que prevé el establecimiento del CCMA y establece su mandato, hace referencia tanto a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo como al Programa 21.¹⁶⁸ Reviste particular importancia el Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que, entre otras cosas, establece lo siguiente:

Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. *Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional.* (itálicas añadidas)

En términos casi idénticos, el inciso i) del párrafo 2.22 del Programa 21 prevé que:

Los gobiernos deberían alentar al GATT, la UNCTAD y otras instituciones económicas internacionales y regionales pertinentes a examinar, de conformidad con sus respectivos mandatos y esferas de competencia, las propuestas y los principios siguientes: ...

- i) Evitar las medidas unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que escapan a la jurisdicción del país importador. *En lo posible, las medidas ambientales destinadas a resolver los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deben basarse en un consenso internacional.* (itálicas añadidas)

Además, observamos que el artículo 5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica establece lo siguiente:

... cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, cooperará con otras Partes Contratantes, directamente o, cuando proceda, a través de las organizaciones internacionales competentes, en lo que respecta a las zonas no sujetas a jurisdicción nacional, y en otras cuestiones de interés común para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

En la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, que en su apéndice I incluye las especies pertinentes de tortugas marinas bajo la clasificación de "especies migratorias en peligro", se establece que:

Las Partes Contratantes [están] convencidas de que la conservación y el eficaz cuidado y aprovechamiento de las especies migratorias de animales silvestres requieren una acción concertada de todos los Estados dentro de cuyos límites de jurisdicción nacional pasan dichas especies alguna parte de su ciclo biológico.

¹⁶⁸ Véanse el preámbulo y el párrafo 2 b) de la Decisión sobre comercio y medio ambiente. Véase el párrafo 154 *supra*.

Además, observamos que en el Informe del CCMA, que forma parte del Informe del Consejo General presentado a los Ministros con ocasión de la Conferencia Ministerial de Singapur, los Miembros de la OMC suscribían y apoyaban:

*... las soluciones multilaterales basadas en la cooperación y el consenso internacional como la manera mejor y más eficaz en que los gobiernos pueden abordar los problemas ambientales de carácter transfronterizo o mundial. Los Acuerdos de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente son representativos de los esfuerzos de la comunidad internacional para conseguir objetivos comunes, y al desarrollar una relación de mutuo apoyo entre ellos deben tomarse debidamente en consideración ambos instrumentos.*¹⁶⁹
(*itálicas añadidas*)

169. En tercer lugar, los Estados Unidos en realidad sí negociaron y concertaron un acuerdo internacional regional para la protección y conservación de las tortugas marinas: la Convención Interamericana. Dicha Convención, abierta a la firma desde el 1º de diciembre de 1996, ha sido firmada por cinco países¹⁷⁰, además de los Estados Unidos, de los que actualmente cuatro están en posesión de un certificado concedido al amparo del artículo 609.¹⁷¹ La Convención aún no ha sido ratificada por ninguno de sus signatarios. La Convención Interamericana establece que cada Parte adoptará "las medidas apropiadas y necesarias" para la protección, conservación y recuperación de las poblaciones de tortugas marinas y de sus hábitat en su territorio terrestre y en las áreas marítimas con respecto a los cuales ejerce derechos de soberanía o jurisdicción.¹⁷² Entre tales medidas cabe resaltar:

la reducción al mínimo posible de la captura, retención, daño o muerte incidentales de las tortugas marinas durante las actividades pesqueras, mediante la regulación apropiada de esas actividades, así como el desarrollo, mejoramiento y utilización de artes, dispositivos o técnicas apropiados, incluidos los dispositivos excluidores de tortugas (DETs) de conformidad con lo dispuesto en el Anexo III [de la Convención].¹⁷³

¹⁶⁹ Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente, WT/CTE/1, de 12 de noviembre de 1996, párrafo 171, sección VII del Informe del Consejo General a la Conferencia Ministerial de 1996, WT/MIN(96)/2, de 26 de noviembre de 1996.

¹⁷⁰ Brasil, Costa Rica, México, Nicaragua y Venezuela.

¹⁷¹ A 1º de enero de 1998, Brasil figuraba entre los países que habían recibido un certificado de haber adoptado programas para reducir la captura accidental de tortugas marinas durante la pesca de camarón comparables al programa de los Estados Unidos. Véase el Informe del Grupo Especial, párrafo 2.16. Sin embargo, según la información facilitada por los Estados Unidos durante la audiencia, en la actualidad, Brasil no está en posesión de un certificado concedido al amparo del artículo 609.

¹⁷² Convención Interamericana, párrafo 1 del artículo IV.

¹⁷³ Convención Interamericana, párrafo 2 h) del artículo IV.

Asimismo, el artículo XV de la Convención Interamericana dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo XV
Medidas comerciales

1. *En el cumplimiento de la presente Convención, las Partes actuarán conforme a las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), tal como fue adoptado en Marrakech en 1994, incluyendo sus Anexos.*
2. *En particular, las Partes deberán observar, con relación a la materia de esta Convención, las disposiciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, contenidas en el Anexo 1 del Acuerdo sobre la OMC, así como el artículo XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. ... (itálicas añadidas)*

170. La yuxtaposición de a) los compromisos *concertados* para adoptar reglamentos que prevean, entre otras cosas, la utilización de los DET que, según se haya *determinado conjuntamente*, son idóneos para las zonas marítimas de una determinada Parte con b) la reafirmación de las obligaciones que corresponden a las Partes en virtud del *Acuerdo sobre la OMC*, con inclusión del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* y el artículo XI del GATT de 1994, sugiere que las Partes en la Convención Interamericana trazaron conjuntamente la línea de equilibrio a la que nos referíamos antes. La Convención Interamericana demuestra la convicción de sus signatarios, incluidos los Estados Unidos, de que se dispone de procedimientos concertados y multilaterales para el establecimiento de programas para la conservación de las tortugas marinas y que éstos son viables. Además, la Convención Interamericana hace hincapié en la validez e importancia permanentes del artículo XI del GATT de 1994 y, en términos más generales, de las obligaciones derivadas del *Acuerdo sobre la OMC* para mantener entre sus signatarios el equilibrio entre los derechos y las obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo sobre la OMC*.

171. La Convención Interamericana constituye, por consiguiente, una demostración convincente de que los Estados Unidos disponían razonablemente de vías alternativas para lograr el objetivo legítimo de política ambiental de la medida por ellos aplicada, vías diferentes de los procedimientos unilaterales y no concertados que caracterizan la prohibición de las importaciones impuesta al amparo del artículo 609. Conviene señalar que la prohibición de las importaciones constituye generalmente el "arma" más pesada dentro del arsenal de medidas comerciales a las que pueden recurrir los Miembros. Con todo, no hay constancia de que los Estados Unidos hayan realizado serios esfuerzos para negociar acuerdos similares con ningún otro país o grupo de países antes (ni, a juzgar por los datos disponibles, después) de aplicarse el artículo 609 sobre una base mundial el 1º de mayo de 1996. Por último, tampoco hay constancia de que el apelante, los Estados Unidos, haya tratado de recurrir a los

mecanismos internacionales existentes que permiten realizar esfuerzos conjuntos para proteger y conservar las tortugas marinas¹⁷⁴ antes de imponer la prohibición de las importaciones.

172. Es evidente que los Estados Unidos entablaron negociaciones serias con algunos Miembros y no con otros (entre ellos los apelados) que exportan camarón a dicho país. El efecto de esa medida es simplemente discriminatorio y, en nuestra opinión, injustificable. El carácter injustificable de esta discriminación queda patente cuando examinamos el efecto acumulado de la omisión de los Estados Unidos de entablar negociaciones para establecer medidas concertadas destinadas a la protección y conservación de los recursos marítimos vivos que aquí nos ocupan, pese a la disposición estatutaria recogida en el propio artículo 609, que prevé expresamente que se iniciarán negociaciones lo antes posible para establecer acuerdos bilaterales y multilaterales.¹⁷⁵ La consecuencia principal de esa omisión puede verse en el unilateralismo resultante que se ha constatado en la aplicación del artículo 609. Como hemos subrayado antes, las políticas relativas a la necesidad de utilizar determinados tipos de DET en distintas zonas marítimas, así como los detalles que atañen a la aplicación de dicha política, siempre son formulados por el Departamento de Estado, sin la participación de los Miembros exportadores. El sistema y los procedimientos de certificación son establecidos y administrados únicamente por los organismos estadounidenses competentes. En consecuencia, el proceso de toma de decisiones para la concesión, denegación o retirada de certificados a los Miembros exportadores también es unilateral. El carácter unilateral de la aplicación del artículo 609 acentúa la influencia perturbadora y discriminatoria de la prohibición de las importaciones y subraya su naturaleza injustificable.

173. La aplicación del artículo 609, por medio de las directrices de ejecución, junto con la práctica administrativa, también trajo consigo diferencias en el trato otorgado a los distintos países solicitantes de certificado. Con arreglo a las Directrices de 1991 y 1993, para poder obtener el certificado, 14 países de la región del Gran Caribe/Atlántico Occidental tuvieron que comprometerse a exigir a partir del 1º de mayo de 1994 la utilización de DET en todas las embarcaciones comerciales dedicadas a la pesca de camarón con redes de arrastre. Esos 14 países dispusieron de un período de "adaptación gradual", durante el cual sus respectivos sectores de pesca de camarón con redes de arrastre pudieron ajustarse al requisito de utilizar DET. En lo que respecta a todos los demás países que exportan camarón a los Estados Unidos (incluidos los apelados, la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia),

¹⁷⁴ Aunque los Estados Unidos son parte en la CITES, no trataron de plantear en ningún momento la cuestión de la mortalidad de tortugas marinas debida a la pesca de camarón con redes de arrastre en el Comité Permanente de la CITES como un asunto que requería una acción concertada por parte de los Estados. En ese contexto, cabe señalar que los Estados Unidos, por ejemplo, no han firmado la Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres ni la CNUDM y que no han ratificado el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

¹⁷⁵ Párrafo a) del artículo 609.

el 29 de diciembre de 1995, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos dio instrucciones al Departamento de Estado para que aplicara la prohibición de las importaciones sobre una base mundial a más tardar el 1º de mayo de 1996.¹⁷⁶ El 19 de abril de 1996, el Departamento de Estado publicó las Directrices de 1996 en virtud de las cuales a partir del 1º de mayo de 1996 el artículo 609 pasaba a aplicarse al camarón capturado en *todos* los países extranjeros. Así pues, todos los países, exceptuados los 14 países de la región del Gran Caribe/Atlántico Occidental, sólo dispusieron de cuatro meses para cumplir el requisito que imponía la utilización obligatoria de DET. Reconocemos que las grandes diferencias en lo que atañe a los períodos otorgados a los países para dar cumplimiento al requisito de utilizar DET se debieron a las decisiones del Tribunal de Comercio Internacional. No obstante, ello no exime a los Estados Unidos de las consecuencias jurídicas que entrañan las repercusiones discriminatorias resultantes de las decisiones de dicho Tribunal. Los Estados Unidos, al igual que todos los Miembros de la OMC y de la comunidad general de Estados, son responsables de los actos de todos sus departamentos públicos, incluido el poder judicial.¹⁷⁷

174. La duración del período de "adaptación gradual" no deja de tener su importancia para los países exportadores que deseen recibir un certificado. Dependiendo de dicho período, la carga de cumplir los requisitos de certificación y el esfuerzo práctico que supone encontrar y crear nuevos mercados de exportación para el camarón serán más o menos onerosos. Cuanto más corto ese período, más oneroso el cumplimiento de dicho requisito, en particular, si el solicitante cuenta con una amplia flota de buques de arrastre, y mayores las dificultades de orientar las exportaciones de camarón del país en cuestión. En resumidas cuentas, cuanto más corto es ese período, mayores son las repercusiones de la prohibición de las importaciones. Los Estados Unidos trataron de explicar la notable diferencia entre los períodos de "adaptación gradual" concedidos a los 14 países de la región del Gran Caribe/Atlántico Occidental y los previstos para el resto de los países exportadores de camarón. Los Estados Unidos alegaron que la concesión de períodos más largos se justificaba por el carácter entonces aún poco desarrollado de la tecnología de los DET y afirmaron que, posteriormente, fue posible acortar ese período gracias a las mejoras introducidas en dicha tecnología. Esa explicación dista mucho de ser convincente, por cuanto hace caso omiso de los costos administrativos y financieros y de las dificultades encaradas por los gobiernos al configurar y poner en práctica los programas de reglamentación necesarios y realizar "un esfuerzo convincente de ejecución" y al

¹⁷⁶ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 913 F. Supp. 559 (CIT 1995).

¹⁷⁷ Véase el informe *Estados Unidos – Gasolina*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 32. Véanse también, por ejemplo, Jennings and Watts (editores), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., volumen I (Longman's 1992), página 545; e I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ª ed. (Clarendon Press, 1990), página 450.

imponer la utilización obligatoria de los DET a cientos, o incluso miles, de arrastreros dedicados a la pesca del camarón.¹⁷⁸

175. Las diferencias en el trato otorgado a los diferentes países que solicitan un certificado también se pueden observar en el esfuerzo desigual que han realizado los Estados Unidos para transferir a países concretos la tecnología de los DET requerida. Se hicieron esfuerzos mucho mayores por transferir dicha tecnología con éxito a determinados países exportadores -básicamente a los 14 países centroamericanos y caribeños de la región del Gran Caribe/Atlántico Occidental mencionados más arriba- que a otros países exportadores, entre los que figuran los apelados.¹⁷⁹ La mayor o menor importancia de esos esfuerzos probablemente esté relacionada con la duración del período de "adaptación gradual" concedido: cuanto más largo dicho período, mayor el posible nivel de esfuerzos en lo que respecta a la transferencia de tecnología. Dado que, desde un punto de vista realista, el cumplimiento de los requisitos de certificación presupone una transferencia provechosa de la tecnología de los DET, es muy probable que si los esfuerzos desplegados para lograr tal transferencia son pequeños o meramente simbólicos, haya menos países que estén en condiciones de satisfacer los requisitos de certificación establecidos en el artículo 609, dentro del período de "adaptación gradual" sumamente limitado del que disponen.

176. Cuando consideramos el efecto acumulativo de las diferencias indicadas en la forma en que el artículo 609 se aplica a varios países exportadores de camarón, constatamos, y sostenemos, que esas diferencias de trato constituyen una "discriminación injustificable", en el sentido del preámbulo del artículo XX, entre los países exportadores que desean obtener la certificación necesaria para acceder al mercado estadounidense del camarón.

3. "Discriminación arbitraria"

177. Pasamos a considerar a continuación si el artículo 609 ha sido aplicado en forma que constituye una "discriminación arbitraria entre [...] países en los que [prevalecen] las mismas condiciones". Como ya hemos observado, el artículo 609, en su aplicación, impone una prescripción única, rígida e inflexible por la cual los países que solicitan la certificación prevista en el artículo 609 b) 2) A) y B) deben adoptar un programa reglamentario integral que sea esencialmente el mismo que el programa estadounidense, sin investigar si tal programa es apropiado a las condiciones

¹⁷⁸ Así por ejemplo, durante la audiencia, la India indicó que "según se estima, el número de redes mecanizadas asciende aproximadamente a 47.000. La mayoría de estas redes están instaladas en barcos mecanizados...".

¹⁷⁹ Respuesta ofrecida por los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial; declaraciones de los Estados Unidos en la audiencia.

que prevalecen en los países exportadores.¹⁸⁰ Además los funcionarios que formulan la determinación selectiva a la certificación en cumplimiento de esas disposiciones proceden con poca o ninguna flexibilidad.¹⁸¹ A nuestro juicio esta rigidez e inflexibilidad también constituye una “discriminación arbitraria” en el sentido del preámbulo.

178. Además, la descripción de la administración del artículo 609 proporcionada por los Estados Unidos en el curso de este procedimiento pone de relieve algunos aspectos problemáticos de los procedimientos de certificación aplicados en virtud del artículo 609 b). Con respecto al primer tipo de certificación, la prevista en el artículo 609 b) 2) A) y B), las Directrices de 1996 establecen determinados elementos del procedimiento de certificación, incluida la prescripción de presentar pruebas documentales del programa reglamentario adoptado por el país solicitante. Este procedimiento de certificación incluye también en general una visita de los funcionarios estadounidenses al país que presente la solicitud.¹⁸²

179. Con respecto a las certificaciones previstas en el artículo 609 b) 2) C), las Directrices de 1996 disponen que el Departamento de Estado "efectuará una certificación" para cualquier país pesquero, en virtud del artículo 609 b) 2) C), que cumpla los criterios estipulados en las Directrices de 1996, sin necesidad de que el gobierno de dicho país adopte ninguna medida.¹⁸³ Sin embargo, los Estados Unidos nos informaron de que, en todos los casos en que un país no había sido previamente objeto de una certificación en virtud del artículo 609, esperaban que se presentara una solicitud para formular una determinación sobre la certificación.¹⁸⁴ En el caso de las certificaciones previstas en el artículo 609 b) 2) C), parecían existir determinadas oportunidades para la presentación de pruebas escritas, tales como documentos científicos, en el curso del procedimiento de certificación.¹⁸⁵

180. Sin embargo, con respecto a ninguno de los tipos de certificación previstos en el artículo 609 b) 2) existe un procedimiento transparente y previsible que sea seguido por los

¹⁸⁰ Párrafos 161-164 *supra*.

¹⁸¹ En la ausencia, los Estados Unidos declararon que, “como cuestión de política, el Gobierno de los Estados Unidos estima que todos los gobiernos deberían exigir la utilización de dispositivos para excluir a las tortugas en todas las embarcaciones arrastreras que se dedican a la pesca del camarón y que operan en zonas en las que exista la posibilidad de atrapar tortugas marinas, y que cuando se trata de la pesca del camarón con redes de arrastre, conocemos solamente una forma de proteger efectivamente a las tortugas marinas y esa forma es la utilización de los DET”.

¹⁸² Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

¹⁸³ Directrices de 1996, página 17343.

¹⁸⁴ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

¹⁸⁵ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

funcionarios competentes de los Estados Unidos. Los procedimientos de certificación previstos en el artículo 609 consisten principalmente en una investigación administrativa *ex parte* o en una verificación por un funcionario de la Oficina de Conservación Marina del Departamento de Estado, junto con funcionarios del Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos.¹⁸⁶ Con respecto a ambos tipos de certificación, no está prevista una oportunidad formal para que sea oído el país solicitante, o para que dicho país pueda responder a los argumentos que se formulen en su contra en el curso del procedimiento de certificación antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar la certificación. Además, no hay ninguna decisión formal escrita, fundada, de aceptación o de rechazo, con respecto a las solicitudes de cualquiera de los tipos de certificación, bien en virtud del artículo 609 b) 2) A) y B) o de la parte C) de dicho artículo.¹⁸⁷ Los países a los cuales se ha concedido la certificación son incluidos en una lista de solicitudes aprobadas, que se publica en el *Federal Register*; sin embargo, no reciben ninguna notificación especial. Los países cuya solicitud se ha rechazado¹⁸⁸ tampoco reciben notificación del rechazo (salvo su omisión en la lista de solicitudes aprobadas) ni de los motivos del mismo.¹⁸⁹ No se ha previsto ningún procedimiento de revisión ni de apelación con respecto al rechazo de una solicitud.¹⁹⁰

181. Los procedimientos de certificación seguidos por los Estados Unidos parecen ser singularmente informales y casuales, tramitados de tal forma que podrían dar lugar a la negación de derechos de los Miembros. Al parecer no hay ninguna forma en que los Miembros exportadores pueda tener certeza de que los términos del artículo 609, en particular, las Directrices de 1996, están siendo aplicados en forma equitativa y justa por los organismos gubernamentales competentes de los Estados Unidos. Nos parece que, de hecho, a los Miembros exportadores que solicitan la certificación y cuyas solicitudes son rechazadas se ven privados del trato equitativo básico y de las debidas garantías procesales y son objeto de discriminación frente a los Miembros a los que se les ha concedido la certificación.

¹⁸⁶ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

¹⁸⁷ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

¹⁸⁸ Los Estados Unidos en la audiencia nos comunicaron que estos países son: Australia, el Pakistán y Túnez.

¹⁸⁹ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

¹⁹⁰ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

182. Las disposiciones del párrafo 3 del artículo X¹⁹¹ del GATT de 1994 tratan este asunto. A nuestro juicio, el artículo 609 está comprendido en las "leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general" que se mencionan en el párrafo 1 del artículo X. En tanto rija la prescripción de las debidas garantías procesales en general con respecto a medidas que por lo demás se imponen de conformidad con las obligaciones dimanantes de la OMC, no es sino razonable que se exija el riguroso cumplimiento de dichas garantías fundamentales en la aplicación y administración de una medida que pretende ser una excepción a las obligaciones dimanantes de tratados del Miembro que la impone y que da lugar efectivamente a la suspensión *pro hac vice* de los derechos de los otros Miembros dimanantes de tratados.

183. También es evidente para nosotros que el párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994 establece determinadas normas mínimas de transparencia y equidad procesal en la administración de las reglamentaciones comerciales que, a nuestro juicio, en este caso no se han cumplido. El carácter *ex parte* y la falta de transparencia del procedimiento administrativo interno aplicado por los funcionarios competentes de la Oficina de Conservación Marina, el Departamento de Estado y el Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos a través de los procedimientos de certificación previstos en el artículo 609, así como el hecho de que los países cuyas solicitudes son rechazadas no reciban una notificación formal de ese rechazo ni las razones del mismo, y el hecho también de que no haya ningún procedimiento jurídico formal de revisión ni de apelación con respecto a la denegación de una solicitud, son completamente contrarios al espíritu, si no a la letra, del párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994.

184. Constatamos, en consecuencia, que la medida estadounidense se aplica de forma que equivale a un medio no sólo de "discriminación injustificable" sino también de "discriminación arbitraria" entre países en los que prevalecen las mismas condiciones, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX. Por lo tanto, esa medida no reúne las condiciones para ampararse en la justificación del artículo XX del GATT de 1994. Habiendo llegado a esta constatación, no es necesario que examinemos también si la medida de los Estados Unidos se aplica en forma que constituye una "restricción encubierta al comercio internacional" a tenor del preámbulo del artículo XX.

¹⁹¹ El párrafo 3 del artículo X, en parte, dispone:

- a) Cada parte contratante aplicará de manera uniforme, imparcial y razonable sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo. (itálicas añadidas)
- b) Cada parte contratante mantendrá, o instituirá tan pronto como sea posible, tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados, entre otras cosas, a la pronta revisión y rectificación de las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras ...

185. Al llegar a estas conclusiones, deseamos subrayar aquello que *no* hemos decidido en esta apelación. *No* hemos decidido que la protección y preservación del medio ambiente no tenga importancia para los Miembros de la OMC. Evidentemente la tiene. *No* hemos decidido que los países soberanos que son Miembros de la OMC no puedan adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, tales como las tortugas marinas. Evidentemente pueden o deben hacerlo. Y *no* hemos decidido que los Estados soberanos no deban actuar conjuntamente en forma bilateral, plurilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger a las especies amenazadas o proteger de otra forma al medio ambiente. Evidentemente, deben hacerlo y de hecho lo hacen.

186. Aquello que *hemos* decidido en esta apelación simplemente es lo siguiente: aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, esta medida ha sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX. Por todas las razones específicas señaladas en el presente informe, esta medida no reúne las condiciones para beneficiarse de la exención que el artículo XX del GATT de 1994 concede a las medidas que cumplen determinados objetivos reconocidos y legítimos de protección del medio ambiente pero que, al mismo tiempo, no se aplican en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional. Como lo pusimos de relieve en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, los Miembros de la OMC tienen amplia autonomía para establecer sus propias políticas encaminadas a proteger el medio ambiente en tanto, al hacerlo, cumplan sus obligaciones y respeten los derechos de los demás Miembros dimanantes del *Acuerdo sobre la OMC*.¹⁹²

VII. Constataciones y conclusiones

187. Por los motivos expuestos en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) revoca la constatación del Grupo Especial en el sentido de que aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales es incompatible con las disposiciones del ESD;

¹⁹² Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 32.

- b) revoca la conclusión del Grupo Especial en el sentido de que la medida en cuestión adoptada por los Estados Unidos no está comprendida entre las medidas permitidas en virtud del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994; y
- c) concluye que la medida adoptada por los Estados Unidos, si bien reúne las condiciones para una justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX, no cumple los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no está justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994.

188. El Órgano de Apelación *recomienda* que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan la medida declarada incompatible con el artículo XI del GATT de 1994 en el informe del Grupo Especial, y declarada no justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994 en el presente informe, en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de dicho Acuerdo.

Firmado en el original, en Ginebra, el octavo día de octubre de 1998 por:

Presidente de la Sección

Miembro

Miembro