

**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

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

Actuantes:

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

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

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

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.

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

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

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

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 preeloci

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*

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

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 posteriormente.

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 Gabcikovo-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

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

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

III.

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

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

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

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 *fente* 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

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

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

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

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)

...

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

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 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 refirieron 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", *Journal of Environmental and Development*, vol. 1, no. 1, 1992, p. 1.

Las Partes en el presente Acuerdo,

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a *eleva*r los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva, y

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/DS52/AB/R, página 27;

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*)

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

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

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.

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

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

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

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

- 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

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.

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

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

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

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

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

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

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.

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

172.

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

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

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 are

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

- 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