

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/CTE/W/203
8 de marzo de 2002

(02-1188)

Comité de Comercio y Medio Ambiente

PRÁCTICAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DEL GATT/OMC EN RELACIÓN CON LOS APARTADOS b), d) Y g) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

Nota de la Secretaría

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	CUESTIONES PRELIMINARES.....	6
A.	CARGA DE LA PRUEBA	6
B.	SECUENCIA DE ETAPAS QUE DEBE SEGUIRSE.....	7
	1. Secuencia general de etapas	7
	2. Secuencia concreta de etapas	8
	a) En relación con el apartado b) del artículo XX.....	8
	b) En relación con el apartado d) del artículo XX.....	9
	c) En relación con el apartado g) del artículo XX.....	9
C.	LA ELECCIÓN DE POLÍTICAS	9
III.	APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO XX	11
A.	IDENTIFICACIÓN DE LA POLÍTICA QUE SE DESEA ESTABLECER A TRAVÉS DE LA MEDIDA.....	11
	1. La protección de la salud y de la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales en virtud del apartado b) del artículo XX.....	11
	2. Lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT de 1994 con arreglo al apartado d) del artículo XX.....	12
	3. Conservación de los recursos naturales agotables al amparo del apartado g) del artículo XX.....	14
B.	LA PRUEBA DE LA NECESIDAD AL AMPARO DE LOS APARTADOS B) Y D) DEL ARTÍCULO XX	16
C.	LAS CLÁUSULAS "RELATIVAS A ..." Y "... CONJUNTAMENTE CON RESTRICCIONES A LA PRODUCCIÓN O AL CONSUMO NACIONALES" PREVISTAS POR EL APARTADO g) DEL ARTÍCULO XX	19
	1. "Relativas a ..."	19
	2. "... conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales"	22

IV.	LA APLICACIÓN DEL PREÁMBULO DEL ARTÍCULO XX.....	24
A.	FUNCIÓN Y ALCANCE DEL PREÁMBULO	24
B.	¿UN MEDIO DE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIO O INJUSTIFICABLE?	27
1.	"Injustificable"	28
a)	Esfuerzo serio por negociar.....	28
b)	Flexibilidad de la medida°	29
2.	"Arbitrario"	30
C.	¿UNA RESTRICCIÓN ENCUBIERTA AL COMERCIO INTERNACIONAL?.....	31
ANEXOS: ASUNTOS.....		36
I.	ESTADOS UNIDOS - ATÚN DEL CANADÁ	35
II.	CANADÁ - SALMÓN Y ARENQUE	36
III.	TAILANDIA - CIGARRILLOS.....	38
IV.	ESTADOS UNIDOS - ATÚN (MÉXICO)	40
V.	ESTADOS UNIDOS - ATÚN (CEE).....	42
VI.	ESTADOS UNIDOS - AUTOMÓVILES.....	44
VII.	ESTADOS UNIDOS - GASOLINA.....	46
VIII.	ESTADOS UNIDOS - CAMARONES.....	49
IX.	COMUNIDADES EUROPEAS - AMIANTO	52
X.	ESTADOS UNIDOS - CAMARONES (PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21)	55

I. INTRODUCCIÓN

1. La presente Nota ha sido preparada en respuesta a una petición del Comité de Comercio y Medio Ambiente de información fáctica de antecedentes sobre las prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con la aplicación del artículo XX a las medidas ambientales. La Nota es una versión actualizada y revisada del documento WT/CTE/W/53/Rev.1. Al final del documento se facilita un resumen de la estructura de esta Nota. La Nota se centra en los apartados b), d) y g) del artículo XX del Acuerdo General, que son las tres excepciones a las que suele hacerse referencia en las denominadas "diferencias relativas a cuestiones ambientales", entendida esta última expresión en un sentido amplio, que abarca las diferencias relativas, no sólo a la protección del medio ambiente propiamente dicho, sino también a la protección de la salud de las personas. La Nota se limita a las diferencias relativas a cuestiones ambientales relacionadas con el artículo XX por lo que quedan excluidos los asuntos relativos a la salud planteados en el marco del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).

2. En la Nota se ponen de relieve los aspectos más importantes de los informes pertinentes de grupos especiales y del Órgano de Apelación, pero no se pretende interpretar esos informes. Si bien el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* rechazó el enfoque adoptado por el Grupo Especial según el cual "los informes de grupos especiales adoptados por las PARTES CONTRATANTES del GATT y por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC constituían la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto"¹, dado que la expresión "práctica ulteriormente seguida" se utiliza en el párrafo 3) b) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "*Convención de Viena*")², el Órgano de Apelación afirmó lo siguiente:

¹ *Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*, informe del Grupo Especial adoptado el 1º de noviembre de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS8, 10, 11/R, párrafo 6.10.

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, 1155 *U.N.T.S.* 331; 8 *International Legal Materials* 679. El artículo 31 titulado la "Regla general de interpretación" establece lo siguiente:

" 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

"Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio." ³

En el mismo asunto, el Órgano de Apelación coincidió con la conclusión del Grupo Especial en el sentido de que un informe no adoptado de un grupo especial no tenía efectos obligatorios pero que, no obstante, podían encontrarse "útiles orientaciones" en el razonamiento seguido.⁴ Además, en el asunto⁵ *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21)*, el Órgano de Apelación concluyó que su razonamiento en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* referente al acervo del GATT "es asimismo aplicable a los informes adoptados del Órgano de Apelación".⁶

3. En el marco del GATT, han finalizado seis procedimientos de grupos especiales que llevaban aparejado un examen de medidas ambientales o relacionadas con la salud de las personas en el contexto del artículo 20 (*Estados Unidos - Atún del Canadá*⁷, *Canadá - Salmón y arenque*⁸, *Tailandia - Cigarrillos*⁹, *Estados Unidos - Atún (México)*¹⁰, *Estados Unidos - Atún (CEE)*¹¹ y (*Estados Unidos - Automóviles*)¹²). De los seis informes correspondientes, tres no han sido adoptados aún

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

³ *Japón - Bebidas alcohólicas*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 1º de noviembre de 1996, *Informes de Solución de Diferencias de la OMC de 1996* (denominado en adelante *ISD 1996*), volumen I, Ginebra, 1998, página 126.

⁴ *Japón - Bebidas alcohólicas*, informe del Grupo Especial, párrafo 6.10 e informe del Órgano de Apelación, página 126.

⁵ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 ESD* (denominado en adelante *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21)*), informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial, adoptados el 21 de noviembre de 2001, WT/DS58/AB/RW.

⁶ *Ibid.*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 109.

⁷ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá* (denominado en adelante *Estados Unidos - Atún del Canadá*), adoptado el 22 de febrero de 1982, y IBDD 29S/91.

⁸ *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de arenque y salmón sin elaborar* (denominado en lo sucesivo *Canadá - Salmón y arenque*), adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/98.

⁹ *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos* (denominado en lo sucesivo *Tailandia - Cigarrillos*), adoptado el 7 de noviembre de 1999, IBDD 37S/200.

¹⁰ *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún* (denominado en lo sucesivo *Estados Unidos - Atún (México)*), informe no adoptado y distribuido el 3 de septiembre de 1991, DS21/R.

¹¹ *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, informe no adoptado y distribuido el 16 de junio de 1994, DS29/R, (denominado en lo sucesivo *Estados Unidos - Atún (CEE)*).

¹² *Estados Unidos - Impuestos aplicados a los automóviles* (denominado en lo sucesivo *Estados Unidos - Automóviles*), informe no adoptado y distribuido del 11 de octubre de 1994, DS31/R.

(*Estados Unidos- Atún (México)*, *Estados Unidos- Atún (CEE)* y *Estados Unidos- Automóviles*). Hasta el momento, en el marco de la OMC, tres litigios han llevado a la adopción de informes por los grupos especiales y el Órgano de Apelación (*Estados Unidos - Gasolina*¹³, *Estados Unidos - Camarones*¹⁴ y *CE - Amianto*¹⁵) incluyendo un asunto (*Estados Unidos - Camarones*) sustanciado en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") (en adelante denominado *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21)*). En el anexo se describen brevemente los elementos de hecho pertinentes de cada asunto.

4. El texto de la parte pertinente del artículo XX del GATT de 1994 es el siguiente:

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

(...)

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

(...)

d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;

(...)

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

(...) ".

5. La estructura de esta Nota se basa en el enfoque seguido por los grupos especiales y por el Órgano de Apelación al tratar las defensas formuladas al amparo del artículo XX. La parte II presenta

¹³ *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (denominada en lo sucesivo *Estados Unidos - Gasolina*), informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial, adoptados el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/R y WT/DS2/AB/R.

¹⁴ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (denominado en lo sucesivo *Estados Unidos - Camarones*), informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial adoptados el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58.

¹⁵ *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* (denominado en lo sucesivo *CE - Amianto*), informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial, adoptados el 5 de abril de 2001, WT/DS135.

algunos aspectos preliminares de especial interés para la aplicación del artículo XX, concretamente la carga de la prueba, la secuencia que debe seguirse y la elección de políticas. Las dos partes siguientes se ocupan de una defensa al amparo del artículo XX que consta de dos partes. La medida impugnada debe reunir las condiciones de alguna de las excepciones previstas en el artículo XX y la medida debe satisfacer los requisitos del preámbulo. La parte III describe el proceso que debe seguirse para solicitar una excepción del artículo XX, es decir, la identificación de la política perseguida por la medida y su conformidad con las prescripciones concretas establecidas en los apartados b), d) y g) del artículo XX. Por último, la parte IV examina las condiciones que debe reunir una medida para ajustarse a la cláusula introductoria del artículo XX.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. CARGA DE LA PRUEBA

6. Conforme a lo establecido en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*, y reiterado en ulteriores informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación, la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que hace valer una determinada alegación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para acreditar la presunción de que su alegación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.¹⁶ Esto implica que la parte reclamante está obligada a acreditar *prima facie* una infracción de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la OMC.

7. El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*, afirmó que el artículo XX contiene "excepciones limitadas respecto de las obligaciones contenidas en algunas otras disposiciones del GATT de 1994, y no normas positivas que establecen obligaciones por sí mismas".¹⁷ El artículo XX es un ejemplo de normas que tienen el carácter de defensa "afirmativa" y el Órgano de Apelación indicó además que "por lo tanto, es razonable que la carga de fundar esa defensa incumba a la parte que la invoca".¹⁸ Estas normas las invoca la parte demandada y el Grupo Especial sólo las tiene en cuenta una vez que se haya determinado una infracción de alguna otra disposición.

8. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación constató que la carga de demostrar que una medida se ajusta a los requisitos del preámbulo del artículo XX incumbe a la parte demandada, incluso después de que dicha parte haya demostrado que la medida reúne las condiciones establecidas en alguno de los apartados del artículo XX. Por consiguiente, la parte que invoca una excepción al amparo del artículo XX debe probar: en primer lugar, que la medida incompatible recae en el ámbito de una excepción y en segundo lugar, que la medida se ajusta a lo dispuesto en el

¹⁶ Véase *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (denominado en adelante *Estados Unidos - Camisas y blusas*), informe del Órgano de Apelación, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS/33/AB/R, en los *Informes de Solución de Diferencias de la OMC de 1997* (denominado en adelante *ISD 1997*), volumen 1, Ginebra, 2000, página 362. El Órgano de Apelación ha aplicado esta resolución entre otros, en los siguientes asuntos: *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS/50/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 1997, párrafos 73-75; *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS/26/AB/R, WT/DS/48/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 98; *India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas textiles e industriales*, WT/DS/90/AB/R, adoptado el 23 de agosto de 1999, párrafo 44; también fue aplicada por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Amianto*, párrafo 8.177.

¹⁷ *Estados Unidos - Camisas y blusas*, informe del Órgano de Apelación, en el *ISD 1997*, volumen 1, Ginebra, 2000, página 364.

¹⁸ *Ibid.*, página 364.

preámbulo del artículo XX. Además, el Órgano de Apelación indicó que esto último es más difícil de probar que lo primero. El Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"A la parte que invoca la excepción corresponde la carga de demostrar que una medida que se justifica provisionalmente, comprendida en el ámbito de una de las excepciones establecidas en los distintos párrafos del artículo XX no constituye, en su aplicación, abuso de tal excepción en virtud de lo dispuesto en el preámbulo. Es ésta necesariamente una tarea más difícil que la de demostrar que una excepción, (...) abarca la medida de que se trata".¹⁹

B. SECUENCIA DE ETAPAS QUE DEBE SEGUIRSE

1. Secuencia general de etapas

9. La parte demandada debe probar que la medida i) está comprendida entre al menos una de las 10 excepciones -apartados a) a j)- previstas en el artículo XX, y ii) cumple los requisitos del preámbulo, es decir, que no se aplica en forma que constituye "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevale[cen] las mismas condiciones" y que no se trata de "una restricción encubierta al comercio internacional". Éstos son requisitos acumulativos. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina* el Órgano de Apelación presentó el siguiente doble examen con respecto al artículo XX:

"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 -apartados 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 [una de las excepciones]; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX".²⁰

10. En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial que había comenzado su análisis con el preámbulo del artículo XX y seguido el razonamiento siguiente: "(...) 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".²¹ El Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

"El orden indicado de los pasos seguidos [remisión al asunto *Estados Unidos - Gasolina*, véase más arriba] en el análisis de una pretensión y 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". [No se reproduce la nota de pie de página.] No estamos de acuerdo."²²

¹⁹ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, ISD 1996, página 25.

²⁰ *Ibid.*, página 24.

²¹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Grupo Especial, párrafo 7.28.

²² *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 119.

"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 (...). Aplicados a un caso particular, la forma y el contenido reales de esta norma variarán según cual sea la medida que se examina."²³

"(...) del hecho de que una medida entre en el ámbito del apartado g) del artículo XX no se infiere que esa medida respete necesariamente los requisitos del preámbulo."²⁴

11. En la actualidad esa secuencia de etapas forma parte de las prácticas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Por ejemplo, en el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial observó que:

"Siguiendo el método enunciado por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* y por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* consideramos ante todo si la medida está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX, que es la disposición alegada explícitamente por las Comunidades Europeas. Si concluimos que es así, consideraremos si el Decreto reúne en su aplicación, las condiciones previstas en el preámbulo del artículo XX."²⁵

2. Secuencia concreta de etapas

12. Como se indicó anteriormente, corresponde a la parte que invoca el artículo XX demostrar que la medida impugnada cumple los requisitos establecidos en esa disposición.

a) En relación con el apartado b) del artículo XX

13. En el marco del apartado b), el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, determinó que esta demostración incluye los siguientes elementos:

- "1) que la política a que correspondían las medidas respecto de las que se alegaba la disposición estaban incluidas en el grupo de las políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales;
- 2) que las medidas incompatibles respecto de las que se alegaba la excepción eran necesarias para alcanzar el objetivo de esta política; y
- 3) que las medidas se aplican de conformidad con las prescripciones de la *cláusula de introducción* del artículo XX".²⁶

²³ *Ibid.*, párrafo 120.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 149.

²⁵ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.167. Véase también el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafos 5.27-5.28.

²⁶ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafo 6.20. Véase también el asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)*, párrafo 5.29.

b) En relación con el apartado d) del artículo XX

14. En el asunto *Corea - Carne vacuna II*, el Órgano de Apelación señaló que la parte que invocaba el apartado d) debía demostrar lo siguiente:

"Para que una medida, por lo demás incompatible con el GATT de 1994 se justifique provisionalmente al amparo del apartado d) del artículo XX, deben demostrarse dos elementos. Primero, la medida debe estar destinada a 'lograr la observancia' de leyes o reglamentos que no sean en sí incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994. Segundo, la medida debe ser 'necesaria' para lograr esa observancia. Un Miembro que invoque el apartado d) del artículo XX como justificación tiene la carga de demostrar que se cumplen esos dos requisitos".²⁷

c) En relación con el apartado g) del artículo XX

15. Por último, en el marco del apartado g) del artículo XX, el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* siguió un análisis en tres niveles:

- 1) la medida en litigio es "una medida que se ocupa de la conservación de los 'recursos naturales agotables' en el sentido del apartado g) del artículo XX"²⁸;
- 2) "el apartado g) del artículo XX exige que la medida cuya justificación se reclama sea 'relativa a' la conservación de recursos naturales agotables"²⁹; y
- 3) la medida en litigio es "una medida que se aplique conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales".³⁰

C. LA ELECCIÓN DE POLÍTICAS

16. Ninguno de los informes del Órgano de Apelación ni de los grupos especiales cuestionan las elecciones hechas por los gobiernos en materia de políticas ambientales y de salud. En el asunto *Estados Unidos - Atún (México)*, el Grupo Especial observó que era la medida, y no el objetivo de la política, la que debía cumplir los requisitos del artículo XX. El Grupo Especial indicó lo siguiente:

"Las condiciones establecidas en esa disposición por las que se limita el recurso a esta excepción, a saber, que las medidas deben guardar relación con la conservación de recursos naturales y no debe constituir 'un medio de discriminación arbitrario o injustificable ... o una restricción encubierta al comercio internacional' se refiere a la medida comercial que precisa justificación al amparo del apartado g) del artículo XX, y no a las políticas de conservación adoptadas por la parte contratante."³¹

17. Es más, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial señaló lo siguiente:

²⁷ *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* (denominado en adelante *Corea - Carne vacuna II*), WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 157.

²⁸ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 127.

²⁹ *Ibid.*, párrafo 135.

³⁰ *Ibid.*, párrafos 143-145.

³¹ *Estados Unidos - Atún (México)*, informe del Grupo Especial, informe no adoptado, párrafo 5.32.

"(...) [Q]ue no era su función examinar en términos generales la conveniencia o necesidad de los objetivos ambientales de la Ley de Protección de la Calidad del Aire ni de la Reglamentación sobre Gasolinas, sino que el ámbito de su examen se contraía a aquellos aspectos de la Reglamentación sobre Gasolinas que habían sido planteados por los demandantes en conexión con disposiciones concretas del Acuerdo General. De conformidad con el Acuerdo General, los Miembros de la OMC podían fijar sus propios objetivos ambientales, pero estaban obligados a tratar de alcanzar esos objetivos a través de medidas compatibles con sus disposiciones y especialmente con las relativas a la discriminación entre productos de origen nacional e importados".³²

18. En el mismo asunto, el Órgano de Apelación señaló lo siguiente:

"Tiene cierta importancia que el Órgano de Apelación exponga lo que esto [la constatación del Órgano de Apelación] *no* significa. No significa, ni implica, que se ponga en entredicho la capacidad de ningún Miembro de la OMC para adoptar medidas de control de la contaminación del aire o, más en general, para proteger el medio ambiente. Esto equivaldría a ignorar que el artículo XX del *Acuerdo General* contiene disposiciones destinadas a permitir que encuentren expresión importantes intereses del Estado -entre otros la protección de la salud de las personas y la conservación de los recursos naturales agotables. Las disposiciones del artículo XX no se modificaron a consecuencia de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay. De hecho, en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* y en la *Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente*, [no se reproduce la nota de pie de página] se reconoce explícitamente la importancia de coordinar las políticas sobre comercio y medioambiente. Los Miembros de la OMC tienen amplia autonomía para establecer sus propias políticas medioambientales (incluida la relación entre medio ambiente y comercio), sus objetivos medioambientales y la legislación medioambiental que promulgan y aplican. En lo que a la OMC se refiere, esa autonomía está limitada únicamente por la necesidad de respetar las prescripciones del *Acuerdo General* y de los demás acuerdos abarcados."³³

19. En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó que todo Miembro de la OMC tiene "(...) derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que considere apropiado para una situación dada".³⁴ Por consiguiente, el Órgano de Apelación no cuestionó el objetivo de Francia de reducir a cero la propagación de riesgos sanitarios relacionados con el amianto. El Órgano de Apelación declaró también que "el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 no establece el requisito de *cuantificar* los riesgos existentes para la salud o la vida de las personas".³⁵ De igual forma, en el asunto *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación afirmó que "hay que distinguir claramente entre 'nivel adecuado de protección' establecido por un Miembro y la '(...) medida'. [No se reproduce la nota de pie de página.] No se trata de lo mismo: el primero constituye un *objetivo*, y el segundo un *instrumento* elegido para conseguir o hacer realidad ese objetivo".³⁶

³² *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafo 7.1. Véase también párrafo 6.22.

³³ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, página 33.

³⁴ *CE - Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 168.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 167.

³⁶ *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón* (en adelante denominado *Australia - Salmón*), WT/DS18/AB/R, informe del Órgano de Apelación, adoptado el 20 de octubre de 1998, párrafo 200.

20. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial constató que se trataba de la incompatibilidad de la medida con las normas del GATT de 1994 (que la gasolina importada tuviese un trato menos favorable respecto a la nacional) lo que requiere justificación en virtud del artículo XX y no el objetivo de la política (por ejemplo, la protección del medioambiente o de la salud pública). El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial y concluyó que el Grupo Especial había incurrido en un error de derecho al referirse a la incompatibilidad de la medida en lugar de a la medida en cuestión. El Órgano de Apelación sostuvo lo siguiente:

"El resultado de este análisis es trastocar el contenido del artículo XX. (...) El preámbulo del artículo XX deja claro que son las 'medidas' lo que hay que examinar con respecto al apartado g) del artículo XX y no la constatación jurídica de que existe un 'trato menos favorable'".³⁷

III. APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO XX

21. El primer paso para aplicar las excepciones previstas en el artículo XX consiste en determinar si la política perseguida por la medida pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, o necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT de 1994, o relativas a la conservación de los recursos naturales agotables (Sección A). El segundo paso consiste en determinar si se cumplen los requisitos concretos previstos en los apartados b), d) y g) del artículo XX. Este examen abarca los elementos de "necesarias" de los apartados b) y d) (Sección B), o el de "relativas a" y "conjuntamente con" del apartado g) (Sección C).

A. IDENTIFICACIÓN DE LA POLÍTICA QUE SE DESEA ESTABLECER A TRAVÉS DE LA MEDIDA

1. La protección de la salud y de la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales en virtud del apartado b) del artículo XX

22. En el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, el Grupo Especial admitió, en coincidencia con las partes en la diferencia y con el experto de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que:

"[e]l hábito de fumar representaba un riesgo grave para la salud humana y que, en consecuencia, las medidas destinadas a reducir el consumo de cigarrillos estaban incluidas en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX. El Grupo Especial observó que, sin duda, esta disposición permitió a las partes contratantes dar prioridad a la salud de las personas sobre la liberalización del comercio".³⁸

23. En las dos diferencias sobre el *Atún*, los grupos especiales y las partes aceptaron -de forma implícita en el asunto *Estados Unidos - Atún (México)*, y explícitamente en el asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)*³⁹-, que la protección de la vida o la salud del delfín constituía una política que podía estar comprendida en el apartado b) del artículo XX: "(...) [E]l Grupo Especial observó que las partes aceptaban que la protección de la vida y la salud de los delfines era una política que podía quedar comprendida en el ámbito del apartado b) del artículo XX."⁴⁰

³⁷ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, página 18.

³⁸ *Tailandia - Cigarrillos*, informe del Grupo Especial, párrafo 73.

³⁹ *Estados Unidos - Atún (México)*, informe del Grupo Especial no adoptado, párrafos 5.24 a 5.29 y *Estados Unidos - Atún (CEE)*, informe del Grupo Especial no adoptado, párrafo 5.30.

⁴⁰ *Estados Unidos - Atún (CEE)*, informe del Grupo Especial no adoptado, párrafo 5.30.

24. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial convino con las partes en que "una política destinada a reducir la contaminación del aire resultante del consumo de gasolina era una política comprendida en el grupo de las políticas que tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, conforme a lo enunciado en el apartado b) del artículo XX".⁴¹

25. En el caso *CE - Amianto*, el Grupo Especial debía aportar una evaluación del riesgo para la salud que presentaban los productos elaborados con cemento de crisotilo puesto que las partes mantenían opiniones contrarias al respecto. Primero el Grupo Especial estimó que "[E]n principio, toda política destinada a reducir la exposición de las personas a un riesgo debería estar comprendida en el objetivo general de la protección de la salud y la vida de las personas, en la medida en que el riesgo exista."⁴² Posteriormente el Grupo Especial constató que "los elementos de prueba de que dispone demuestra la existencia de un riesgo para la salud en los casos de manejo de productos de crisotilo-cemento (...)"⁴³, y que por consiguiente "las CE ha[n] demostrado que la política de prohibición del amianto crisotilo puesta en práctica por el Decreto pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas".⁴⁴ El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial y concluyó que "[e]l Grupo Especial gozaba de un margen de discrecionalidad para apreciar el valor de las pruebas, y el peso que había de asignar a las mismas"⁴⁵, y que "el Grupo Especial ha permanecido claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales al constatar que los productos de cemento de crisotilo crean un riesgo para la vida o la salud de las personas".⁴⁶

2. Lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT de 1994 con arreglo al apartado d) del artículo XX

26. En el asunto *CEE - Piezas y componentes*, el Grupo Especial interpretó la frase "para lograr la observancia de las leyes y reglamentos" en el sentido de "para hacer cumplir las obligaciones estipuladas en las leyes y reglamentos" y no "para lograr la consecución de los objetivos de las leyes y reglamentos".⁴⁷ El Grupo Especial consideró que "el apartado d) del artículo XX sólo abarca las medidas destinadas a hacer cumplir obligaciones fijadas en las leyes o reglamentos compatibles con el Acuerdo General".⁴⁸

27. El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* siguió este enfoque. Examinó si el aspecto de los métodos de establecimiento de líneas de base cuya incompatibilidad con el GATT

⁴¹ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafo 6.21.

⁴² *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.186.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 8.193.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 8.194.

⁴⁵ *CE - Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 162.

⁴⁷ *Comunidad Económica Europea - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes* (en lo sucesivo denominado *CEE - Piezas y componentes*), informe del Grupo Especial, adoptado el 16 de mayo de 1990, L/6657 - 37S/132, párrafo 5.17.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 5.18.

de 1994 había quedado constatada estaba destinado a lograr la observancia de una ley o reglamentación que no fuera incompatible con el GATT de 1994.⁴⁹ El Grupo Especial observó que:

"[E]n el supuesto de que un sistema de líneas de base fuera compatible con el párrafo 4 del artículo III, el sistema estadounidense podría constituir, a los efectos del apartado d) del artículo XX una ley o reglamento que no era 'incompatible' con el Acuerdo General, pero constató que en el mantenimiento de la discriminación entre gasolina importada y gasolina de origen nacional, en contradicción con el párrafo 4 del artículo III, en los métodos de establecimiento de líneas de base no estaba destinado a 'lograr la observancia' del sistema de las líneas de base. *Tales métodos no eran un mecanismo de aplicación*, sino simplemente reglas para determinar las líneas de base individuales y, en tal concepto, no estaban incluidos en el tipo de medidas a las que se refería el apartado d) del artículo XX."⁵⁰ (sin cursivas en el original)

28. En el asunto *Estados Unidos - Atún (México)*, el Grupo Especial examinó el segundo aspecto del apartado d) del artículo XX, es decir si esas leyes o reglamentos no eran incompatibles con las disposiciones del GATT. El Grupo Especial señaló lo siguiente:

"El apartado d) del artículo XX exige que las 'leyes y reglamentos' cuya observancia quiere lograrse 'no sean incompatibles' ellos mismos con el Acuerdo General. El Grupo Especial observó que los Estados Unidos habían aducido que la prohibición relativa a los 'países intermediarios' era necesaria en apoyo de la prohibición directa porque los países cuyas exportaciones eran objeto de tal prohibición no debían poder anular el efecto de la misma exportando a los Estados Unidos de manera indirecta a través de terceros países. El Grupo Especial constató que, habida cuenta de su conclusión de que la prohibición directa es incompatible con el Acuerdo General, la prohibición relativa a los 'países intermediarios' y las disposiciones de la LPMM [la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos] en virtud de las cuales se impone esa prohibición no se justifican en virtud del apartado d) del artículo XX en tanto que medida encaminada a lograr la observancia de 'las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo'."⁵¹

29. En el asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)*, el Grupo Especial siguió un razonamiento similar, al decir que "recordando su constatación de que las medidas adoptadas en virtud de la prohibición aplicable al país primario eran incompatibles con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI del Acuerdo General, llegó a la conclusión de que la prohibición aplicable al país primario no podía, según la formulación explícita del párrafo d) del artículo XX, servir de base para justificar la prohibición aplicable al país intermediario".⁵²

30. En el asunto *Estados Unidos - Automóviles*, el Grupo Especial siguió el mismo enfoque:

⁴⁹ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafo 6.33.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Estados Unidos - Atún (México)*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.40.

⁵² *Estados Unidos - Atún (CEE)*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.41.

"El Grupo Especial se remitió a su conclusión de que la medida CAFE [Ley del Ahorro Medio de Combustible por los Fabricantes] no era una carga en el sentido del párrafo 2 del artículo III, sino una prescripción en el sentido del párrafo 4 de dicho artículo, cuya observancia podría garantizarse mediante penalizaciones. La cuestión fundamental que había de examinar el Grupo Especial, y sobre la que debía pronunciarse con arreglo al párrafo 4 del artículo III, era, por consiguiente, la compatibilidad con el Acuerdo General de la prescripción CAFE en que se basaban esas penalizaciones, y no de las propias penalizaciones. Aun en el supuesto de que el Grupo Especial hubiera de examinar la compatibilidad de las propias penalizaciones, dichas penalizaciones no podrían justificarse al amparo del apartado d) del artículo XX por cuanto, en contra de lo que requería ese precepto, la medida en la que se basaban (la prescripción CAFE) era incompatible con el Acuerdo General. En consecuencia, el Grupo Especial constató que los aspectos de la reglamentación CAFE cuya incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III se había constatado no podían justificarse al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo XX."⁵³

3. Conservación de los recursos naturales agotables al amparo del apartado g) del artículo XX

31. En el asunto *Estados Unidos - Atún del Canadá*, el Grupo Especial señaló que "ambas partes consideraban que los bancos de atún, incluidos los de atún blanco, son un recurso natural agotable cuya conservación es preciso administrar".⁵⁴ En el asunto *Canadá - Salmón y arenque*, el Grupo Especial coincidió con las partes en que las poblaciones de salmón y arenque eran "recursos naturales agotables".⁵⁵ En el asunto *Estados Unidos - Atún (México)*, las partes y el Grupo Especial han acordado implícitamente que los delfines constituyen un recurso natural agotable, mientras que en el asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)*, las partes estuvieron en desacuerdo con respecto a si debía considerarse a los delfines "un recurso natural agotable". En el último asunto, el Grupo Especial "observó que las reservas de delfines podían llegar a agotarse y que la base de una política encaminada a su conservación no dependía de si en la actualidad sus reservas estaban disminuidas, y aceptó que una política de conservación de los delfines era una política de conservación de un recurso natural agotable".⁵⁶

32. En el asunto *Estados Unidos - Automóviles*, el Grupo Especial examinó si la reglamentación CAFE reflejaba una política encaminada a la conservación de un recurso natural agotable. El Grupo Especial, "tras observar que la gasolina era un producto derivado del petróleo, era un recurso natural agotable, llegó a la conclusión de que la política de conservación de gasolina pertenecía a la serie de políticas a que hacía referencia el apartado g) del artículo XX".⁵⁷

33. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, los Estados Unidos adujeron que el aire puro era un recurso natural agotable puesto que era susceptible de ser agotado por contaminantes como los emitidos en el consumo de gasolina. Venezuela discrepó pues consideraba que el aire puro era una "condición" del aire, de carácter renovable, y no un recurso agotable. El Grupo Especial coincidió con los Estados Unidos:

⁵³ *Estados Unidos - Automóviles*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.67.

⁵⁴ *Estados Unidos - Atún del Canadá*, informe del Grupo Especial, párrafo 4.9.

⁵⁵ *Canadá - Salmón y arenque*, informe del Grupo Especial, párrafo 4.4.

⁵⁶ *Estados Unidos - Atún (CEE)*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.13.

⁵⁷ *Estados Unidos - Automóviles*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.57.

"A juicio del Grupo Especial, el aire puro era un recurso (tenía valor) natural que podía agotarse. El hecho de que el recurso agotado se definiera en función de sus propiedades no tenía, a juicio del Grupo Especial, una importancia decisiva. De forma análoga, tampoco era objeción suficiente el hecho de que un recurso fuera renovable. Un grupo especial anterior había admitido que las existencias renovables de salmón podían ser un recurso agotable [en la nota de pie de página se hace referencia al asunto *Canadá - Salmón y arenque*]. En consecuencia, el Grupo Especial constató que una política destinada a reducir el agotamiento del aire puro era una política destinada a conservar un recurso natural en el sentido del apartado g) del artículo XX."⁵⁸

34. En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, las partes no estuvieron de acuerdo respecto a si las tortugas marinas podían ser consideradas "recursos naturales agotables" en el sentido del apartado g). El Órgano de Apelación señaló que, en contra de lo que alegaban los reclamantes, el texto del apartado g) del artículo XX no se limitaba a la conservación de recursos naturales "minerales" o "inertes" y que las especies vivientes, aunque en principio sean "renovables", "de hecho en ciertas circunstancias pueden estar expuestas a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de las actividades humanas".⁵⁹ El Órgano de Apelación además de que:

"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 este 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' [suprimida la nota de pie de página] (...)."⁶⁰

"Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, advertimos que el término genérico 'recursos naturales' del párrafo g) del artículo XX no es 'estático' en su contenido o en sus referencias sino más bien 'por definición, evolutivo' [en la nota de pie de página se hace referencia entre otros a *Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion* (1971), Informe de la Corte Internacional de Justicia, página 31]. Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos (...)."⁶¹

"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

⁵⁸ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafo 6.37.

⁵⁹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 128.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 129.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 130.

GATT de 1994 puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos inherentes naturales agotables [suprimida la nota de pie de página]. Además, dos informes de grupos especiales del GATT de 1947 previamente adoptados concluyeron en que la pesca es un 'recurso natural agotable' en el sentido del párrafo g) del artículo XX [remisión al asunto *Estados Unidos - Atún del Canadá y Canadá - Salmón y arenque*]. Sostenemos que, de acuerdo con el principio de eficacia en la interpretación de los tratados [suprimida la nota de pie de página], las medidas destinadas a conservar recursos naturales extinguidos, tanto *vivos como no vivos* pueden quedar comprendidas en el apartado g) del artículo XX.⁶²

Teniendo en cuenta, además, 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")⁶³, y que existía "un vínculo suficiente en las poblaciones migratorias marinas amenazadas del caso y los Estados Unidos a los efectos del párrafo g) del artículo XX"⁶⁴, el Órgano de Apelación concluyó que las cinco especies de tortugas marinas de que se trata en la diferencia constituían "recursos naturales agotables" en el sentido del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994.⁶⁵

B. LA PRUEBA DE LA NECESIDAD AL AMPARO DE LOS APARTADOS B) Y D) DEL ARTÍCULO XX

35. Los apartados b) y d) del artículo XX exigen la realización de lo que comúnmente se ha denominado la "prueba de la necesidad": las medidas deben ser *necesarias* "para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales" o "para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos". En el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, el Grupo Especial concluyó que el término "necesarias" tenía el mismo significado en los apartados b) y d):

"El Grupo Especial consideró que no había ningún motivo para que, dentro del artículo XX, el término 'necesarias' tuviera en el apartado d) un sentido distinto que en el del apartado b). Ambos apartados empleaban el mismo término y tenían el mismo objetivo: permitir a las partes contratantes adoptar medidas restrictivas incompatibles con el Acuerdo General para tratar de alcanzar objetivos primordiales

⁶² *Ibid.*, párrafo 131.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 132.

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 133.

⁶⁵ En este contexto, merece la pena señalar que en los asuntos *Estados Unidos - Camarones y Estados Unidos - Camarones (apartado 5 del artículo 21)*, ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación siguieron el enfoque seguido en los asuntos *Estados Unidos - Atún (México)* y *Estados Unidos - Atún (CEE)*. En estos dos informes no adoptados, el Grupo Especial abordó la cuestión de la aplicación extrajurisdiccional del artículo XX. En el asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)* el Grupo Especial examinó los antecedentes de la negociación de los apartados b) y g) del artículo XX y consideró que "las declaraciones hechas y las modificaciones textuales introducidas durante la negociación de la Carta de La Habana y del Acuerdo General no corroboraban claramente ninguna afirmación particular de las partes acerca de la ubicación de los seres vivos que han de protegerse en virtud de los apartados b) [y g)] del artículo XX" (párrafos 5.20 y 5.33) y además observó que ni el GATT ni el "derecho internacional general" prohibían en principio las medidas relacionadas con las cosas o acciones situadas fuera del territorio de un país. El Grupo Especial también indicó que ni el texto del apartado b) ni del apartado g) del artículo XX "estipulaba explícitamente ninguna limitación en cuanto a la ubicación" de los seres vivos que han de protegerse y de los recursos naturales agotables que han de conservarse (párrafos 5.15 y 5.31). El Grupo Especial señaló que "no puede (...) afirmarse que el Acuerdo General prohíba de manera absoluta medidas relacionadas con cosas o acciones situadas fuera de la jurisdicción territorial de la parte que adopta la medida" (párrafo 5.16).

de orden público, en la medida en que esa incompatibilidad fuera inevitable. Por ello, el hecho de que el apartado d) fuera aplicable a la incompatibilidad derivada de la observancia de las leyes y de los reglamentos que no fuesen incompatibles con el Acuerdo General, en tanto que el apartado b) fuera aplicable a la incompatibilidad que tuviese su origen en políticas de protección de la salud no podía servir de fundamento a una diferencia de interpretación del término 'necesarias'."⁶⁶

36. El examen encaminado a determinar si una medida es o no "necesaria" en el sentido de los apartados b) y d) ha resultado ser un paso decisivo en las prácticas de los grupos especiales. La "prueba de la necesidad" se definió por vez primera para el apartado d) en el asunto *Estados Unidos - Artículo 337*. En el asunto *Tailandia - Cigarrillos* se siguió un enfoque similar para el apartado b). En esos dos asuntos, para decidir si una medida era "necesaria" en virtud de los apartados b) y d) del artículo XX, se estableció el requisito de que la medida fuese la "menos restrictiva del comercio". En el informe del asunto *Estados Unidos - Artículo 337*, el Grupo Especial indicó que respecto al apartado d) del artículo XX se debía determinar si se podría haber empleado una medida alternativa que fuese compatible con las disposiciones del GATT:

"En opinión del Grupo Especial, es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que 'necesaria' en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si *tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible*. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, *aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General*."⁶⁷ (sin cursivas en el original)

37. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Tailandia - Cigarrillos* tomó el requisito de que la medida fuera la "menos restrictiva del comercio" del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 337*. El Grupo Especial definió la prueba de la "necesidad" aplicable en virtud del apartado b) del artículo XX de la siguiente forma:

"[L]as restricciones a la importación impuestas por Tailandia sólo podían considerarse 'necesarias' en el sentido del apartado b) del artículo XX si Tailandia no tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria."⁶⁸

38. En el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, el Grupo Especial siguió la misma línea de razonamiento. Al considerar el apartado d) del artículo XX, el Grupo Especial señaló lo siguiente:

"En opinión del Grupo Especial los Estados Unidos no han demostrado que la prescripción de transporte por dichas empresas sea la medida menos restrictiva del comercio de la que disponen los diversos Estados para hacer respetar su legislación, ni que las medidas menos restrictivas, por ejemplo los requisitos de mantenimiento de

⁶⁶ *Tailandia - Cigarrillos*, informe del Grupo Especial, párrafo 74.

⁶⁷ Véase el asunto *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, 36S/345, informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1989, párrafo 5.26

⁶⁸ *Tailandia - Cigarrillos*, informe del Grupo Especial, párrafo 75.

registros de minoristas a importadores, no sean suficientes para los fines de la administración del impuesto. A este respecto, el Grupo Especial señaló que no todos los 50 Estados de los Estados Unidos aplican prescripciones en materia de transporte por empresas de transporte público. *Así pues, pareció al Grupo Especial que algunos Estados han hallado modos alternativos, y posiblemente menos restrictivos del comercio y compatibles con el Acuerdo General, de hacer respetar sus leyes.* Por consiguiente, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no han satisfecho la carga de la prueba en relación con la supuesta justificación al amparo del apartado d) del artículo XX de la prescripción impuesta por los distintos Estados en materia de transporte por empresas de transporte público."⁶⁹ (sin cursivas en el original)

39. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial también sostuvo que, en esencia, una medida alternativa no dejaba de ser "razonable" por el simple hecho de que ésta provocase dificultades administrativas para un Miembro. Las constataciones del Grupo Especial sobre este aspecto no fueron objeto de apelación.⁷⁰

40. El Órgano de Apelación en el asunto *Corea - Carne vacuna II* complementó la definición de la "prueba de la necesidad". En su informe, el Órgano de Apelación abordó la cuestión de la "necesidad" de conformidad con el apartado d) del artículo XX y concluyó que el Grupo Especial procedió correctamente al aplicar el criterio establecido por el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Artículo 337*.⁷¹ Sin embargo, el Órgano de Apelación introdujo algunas consideraciones adicionales. Primero estudió minuciosamente el significado del término "necesarias" y observó que el alcance de esta palabra no se limitaba a lo que era "indispensable". Además consideró que "una medida 'necesaria' está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo 'indispensable' que del polo opuesto de lo que simplemente 'contribuye a'".⁷²

41. En el asunto *Corea - Carne vacuna II*, el Órgano de Apelación dividió la prueba de la necesidad de la siguiente forma: 1) situaciones en las que la alegación puede ser que la medida es indispensable, es decir cuando sea la única disponible y 2) situaciones en las que un Miembro podría justificar su medida como "necesaria" en el sentido del artículo XX, aunque existiesen otras medidas disponibles. Para la segunda situación el Órgano de Apelación adoptó el siguiente enfoque:

⁶⁹ *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, DS23/R, informe del Grupo Especial adoptado el 19 de junio de 1992, párrafo 5.52.

⁷⁰ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafos 6.26 y 6.28.

⁷¹ *Corea - Carne vacuna II*, informe del Órgano de Apelación, párrafos 159 y ss.

⁷² *Ibid.*, párrafo 161. El párrafo completo establece lo siguiente:

"Consideramos que el alcance de la palabra 'necesarias', según se emplea en el contexto del apartado d) del artículo XX, no se limita a lo que es 'indispensable' o 'de absoluta necesidad' o 'inevitable'. Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del artículo XX. Pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esta excepción. La palabra 'necesarias', tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, 'necesarias' se entiende como 'indispensables'; en el otro extremo, en el sentido de que 'que contribuya a'. Consideramos que una medida 'necesaria' está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo 'indispensable' que del polo opuesto, de lo que simplemente 'contribuye a' [no se reproduce la nota de pie de página]."

"Una medida que tuviese relativamente poca repercusión en los productos importados podía más fácilmente considerarse 'necesaria' que una medida con efectos restrictivos intensos o más amplios."⁷³

"(...) [L]a determinación de si una medida que no es 'indispensable' puede no obstante ser 'necesaria' en el sentido del apartado d) del artículo XX, entraña en cada caso *un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores* entre los que figuran principalmente la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones."⁷⁴ (sin cursivas en el original)

42. Es posible decir que ha habido alguna evolución en la interpretación del requisito de la necesidad que figura en los apartados b) y d) del artículo XX. Ha evolucionado desde un enfoque de la medida como la menos restrictiva del comercio a otro de medida menos restrictiva del comercio, complementado con una prueba de proporcionalidad ("un proceso en el que se sopesa y confronta una serie de factores").

43. Finalmente en el asunto *CE - Amianto*, por primera vez una medida "ambiental" pasó la prueba de la necesidad. El Órgano de Apelación, al recordar la constatación realizada en el asunto *Corea - Carne vacuna II*, indicó que debía tenerse en cuenta el grado en el que la medida alternativa "contribu[ía] a la realización del fin perseguido".⁷⁵ El Órgano de Apelación observó que "[c]uanto más vitales o importantes sean [esos] intereses o valores comunes" perseguidos, más fácil será aceptar como "necesarias", medidas concebidas para lograr esos objetivos.⁷⁶ Esto parece sugerir que podría haber diferentes niveles de examen aplicables al análisis de la prueba de la necesidad, dependiendo de la importancia de los "intereses o valores" que se pretende proteger. El Órgano de Apelación indicó en este asunto que el fin perseguido por la medida era la preservación de la vida y de la salud humana, un valor "vital" e "importante al máximo nivel".⁷⁷

C. LAS CLÁUSULAS "RELATIVAS A ..." Y "... CONJUNTAMENTE CON RESTRICCIONES A LA PRODUCCIÓN O AL CONSUMO NACIONALES" PREVISTAS POR EL APARTADO g) DEL ARTÍCULO XX

1. "Relativas a ..."

44. El apartado g) del artículo XX establece una excepción para las medidas "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables". En el asunto *Canadá - Salmón y arenque*⁷⁸ se

⁷³ *Ibid.*, párrafo 163.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 164.

⁷⁵ *CE - Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 172, remitiéndose al asunto *Corea - Carne vacuna II*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 163.

⁷⁶ *CE - Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 172, remitiéndose al asunto *Corea - Carne vacuna II*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 162.

⁷⁷ *CE - Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 172.

⁷⁸ El Grupo Especial ya examinó el apartado g) del artículo XX en el asunto *Estados Unidos - Atún del Canadá*, pero no tuvo que interpretar los términos "relativos a" ni "conjuntamente con" al constatar que la parte que invocaba el apartado g) del artículo XX no mantenía restricciones a la producción o al consumo del atún.

aplicó por vez primera la cláusula "relativas a :.". El Grupo Especial decidió examinar el significado de "relativas a" a la luz del contexto en el que el apartado g) del artículo XX aparecía en el del GATT, así como el objetivo de tal disposición. El Grupo Especial indicó lo siguiente:

"[A]lgunos de los apartados del artículo XX establecían que las medidas tenían que ser 'necesarias' o 'esenciales' para el logro del objetivo de política establecido en la disposición (véanse los apartados a), b), d) y j)), mientras que el apartado g) hacía sólo referencia a medidas 'relativas a' la conservación de recursos naturales agotables. Esto indicaba que el apartado g) del artículo XX incluía no sólo las medidas que fueran necesarias o esenciales para la conservación de los recursos naturales agotables sino una gama más amplia de medidas. Sin embargo, como indica el preámbulo del artículo XX, el propósito perseguido al incluir el apartado g) del artículo XX en el Acuerdo General no era ampliar las posibilidades de adoptar medidas con fines de política comercial, sino simplemente garantizar que los compromisos asumidos en virtud del Acuerdo General no obstaculizaban la puesta en práctica de políticas destinadas a la conservación de recursos naturales agotables. Por estos motivos el Grupo Especial concluyó que, *aunque una medida comercial no tenía por qué ser necesaria o esencial para la conservación de un recurso natural agotable, tenía que estar destinada principalmente a la conservación de un recurso natural agotable para que pudiera ser considerada "relativa a" la conservación de los recursos en el sentido del apartado g) del artículo XX*".⁷⁹ (sin cursivas en el original).

El Grupo Especial introdujo la interpretación de que la medida debía estar "destinada principalmente a" y no ser "necesaria o esencial". Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se han remitido posteriormente a esta interpretación.

45. En los asuntos Estados Unidos - Atún (México), Estados Unidos - Atún (CEE), Estados Unidos - Automóviles, Estados Unidos - Gasolina y Estados Unidos - Camarones, los grupos especiales complementaron progresivamente la interpretación de "destinada principalmente a" introduciendo elementos adicionales para que se tengan en consideración al determinar si una medida era relativa a la conservación de los recursos naturales agotables.

46. En primer lugar, en el asunto *Estados Unidos - Atún (México)*, el Grupo Especial concluyó que la medida en litigio no estaba destinada principalmente a los objetivos del apartado g) del artículo XX porque se basaba en "condiciones impredecibles": "[e]l Grupo Especial estimó que una limitación del comercio basada en condiciones tan imprevisibles no puede considerarse necesaria para proteger la salud o la vida de los delfines".⁸⁰

47. En segundo lugar, en el asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)*, el Grupo Especial concluyó en lo relativo a la compatibilidad de una medida con el apartado g) del artículo XX que "las medidas adoptadas para obligar a otros países a modificar sus políticas y que son efectivas únicamente si se producen tales modificaciones, no pueden estar principalmente destinadas ni a la conservación de un recurso natural agotable ni a hacer efectivas las restricciones a la producción o el consumo nacionales, en el sentido del apartado g) del artículo XX".⁸¹

⁷⁹ *Canadá - Salmón y arenque*, informe del Grupo Especial, párrafo 4.6

⁸⁰ *Estados Unidos - Atún (México)*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.33.

⁸¹ *Estados Unidos - Atún (CEE)*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.27.

48. En tercer lugar, en el asunto *Estados Unidos - Automóviles*, el Grupo Especial estimó que "una medida que no favorecía los objetivos de conservación de un recurso agotable no podía considerarse destinada principalmente a ese fin y, en consecuencia, consideró que la medida cuya incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III se había constatado no estaba justificada con arreglo a lo dispuesto en el apartado g) del artículo XX".⁸²

49. En cuarto lugar, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial seguía sin admitir que "los métodos menos favorables de establecimiento de líneas de base" que eran objeto de examen, estuviesen destinados principalmente a la conservación de recursos naturales agotables, alegando que no existía "ninguna relación directa entre el trato menos favorable dado a la gasolina importada que tenía una composición química idéntica a la de la gasolina de origen nacional, y el objetivo estadounidense de mejorar la calidad del aire en los Estados Unidos".⁸³ Como observó posteriormente el Órgano de Apelación, el Grupo Especial no había intentado aclarar "si la expresión 'relación directa' se utilizaba como sinónimo de 'destinados principalmente a' o si se estaba pidiendo un elemento nuevo y adicional (además de 'destinados principalmente a')".⁸⁴

50. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial porque "el Grupo Especial se preguntó si el 'trato menos favorable' dado a la gasolina importada estaba 'destinado principalmente a' la conservación de los recursos naturales, en lugar de preguntarse si la 'medida', es decir, las normas para el establecimiento de líneas de base, estaban 'destinadas principalmente a' la conservación de un aire puro".⁸⁵ El Órgano de Apelación aclaró el sentido del apartado g) del artículo XX al señalar que una medida podía calificarse como "relativa a la conservación de los recursos naturales" si la medida mostraba una "relación sustancial" con la conservación de los recursos naturales agotables y no estaba simplemente "destinada de una forma accidental o por inadvertencia" a la conservación de los mismos:

"Sin una línea 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. La incompatibilidad de las normas para el establecimiento de líneas de base con las disposiciones del párrafo 4 del artículo III, constatada por el Grupo Especial, no niega la relación entre las normas para el establecimiento de líneas de base y los requisitos de "no degradación" de la Reglamentación sobre Gasolinas. Habida cuenta de esa *relación sustancial*, consideramos que no puede estimarse que las normas para el establecimiento de líneas de base solamente tienen por objetivo la conservación del aire puro en los Estados Unidos a los efectos del apartado g) del artículo XX *de una forma accidental o por inadvertencia*".⁸⁶ (Sin cursivas en el original.)

51. Sin embargo, el Órgano de Apelación aclaró en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* que "la frase 'destinada principalmente a' no pertenece en sí misma al texto de un tratado y no está concebida como criterio simple para comprobar la inclusión en el ámbito del apartado g) del artículo XX o la exclusión de ese ámbito".⁸⁷ Pero no consideró necesario seguir examinando este punto ya que en el

⁸² *Estados Unidos - Automóviles*, informe del Grupo Especial, no adoptado, párrafo 5.60.

⁸³ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Grupo Especial, párrafo 6.40.

⁸⁴ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, página 17.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, página 21.

⁸⁷ *Ibid.*, página 20.

procedimiento de apelación las partes en la diferencia habían aceptado el criterio de "destinada principalmente a" en la forma en que había sido desarrollado en los informes de grupos especiales anteriores. El Órgano de Apelación también observó que "[n]o parece razonable dar por supuesto que la intención de los Miembros de la OMC fuera exigir, para todas y cada una de las categorías, el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar".⁸⁸

52. Por último, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación, recordando las conclusiones a las que había llegado en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, sobre la cláusula "relativas a" señaló, a fin de determinar si la medida en litigio de los Estados Unidos y el objetivo de conservación de las tortugas marinas estaban sustancialmente relacionados, lo siguiente:

"En el caso que nos ocupa debemos examinar *la relación existente entre la estructura general y el diseño de la medida* que contemplamos, el artículo 609, y el objetivo de política que pretende cumplir, es decir, la conservación de las tortugas marinas."⁸⁹ (sin cursivas en el original)

"(...) Si nos centramos en el diseño de la medida que contemplamos [no se reproduce la nota de pie de página], observamos que en el 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".⁹⁰ (Sin cursivas en el original.)

2. "... conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales"

53. El apartado g) del artículo XX contiene un requisito adicional: la medida que contemplamos debe "aplicarse conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales". En el asunto *Estados Unidos - Atún del Canadá*, el Grupo Especial indicó que los Estados Unidos no aportaron pruebas de que se hubiera restringido en Estados Unidos el consumo nacional de atún y productos de atún.⁹¹ El Grupo Especial no pudo por tanto "admitir que se hubiera demostrado que la prohibición estadounidense de las importaciones de toda clase de atún y productos de atún procedentes del Canadá, en vigor desde el 31 de agosto de 1979 hasta el 4 de septiembre de 1980, hubiese sido aplicada en conjunción con restricciones a la producción o al consumo nacional estadounidense de toda clase de atún y productos de atún".⁹²

54. En el asunto *Canadá - Salmón y arenque*, el Grupo Especial examinó la expresión "conjuntamente con" y consideró que estos términos:

⁸⁸ *Ibid.*, página 19.

⁸⁹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 137.

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 141.

⁹¹ *Estados Unidos - Atún del Canadá*, informe del Grupo Especial, párrafo 4.11.

⁹² *Ibid.*, párrafo 4.12.

"[D]ebían ser interpretados de forma que se garantizara que el alcance de las medidas que pudieran adoptarse en virtud de esa disposición estuvieran en armonía con el propósito que había determinado su inclusión en el Acuerdo General. Por consiguiente (...) sólo se podía considerar que una medida comercial se aplicaba 'conjuntamente con' restricciones a la producción si estaba destinada principalmente a hacer efectivas esas restricciones."⁹³

55. El Órgano de Apelación decidió en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* que las normas para el establecimiento de líneas de base de la Reglamentación sobre Gasolinas quedan comprendidas en el ámbito del apartado g) del artículo XX, incluyendo el segundo requisito, es decir "que se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales". El Órgano de Apelación, para llegar a esa conclusión, interpretó el sentido corriente de "se apliquen" y "conjuntamente con" de la siguiente forma:

"[P]uede considerarse que el sentido corriente lógico de la expresión 'se apliquen' en conexión con una medida (o acto administrativo o una reglamentación) se refiere al hecho de que esa medida sea 'operativa', esté 'en vigor' o 'haya entrado en vigor'. [No se reproduce la nota de pie de página.] De forma análoga, cabe entender que la expresión 'conjuntamente con' quiere decir simplemente 'en conjunción con' o 'en unión de'. [No se reproduce la nota de pie de página.] En su conjunto, la segunda frase del apartado g) del artículo XX se refiere, a nuestro parecer, a la necesidad de que las medidas del Gobierno, como las normas para el establecimiento de líneas de base, sean promulgadas o puestas en vigor conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional de recursos naturales. En términos ligeramente distintos, consideramos que es acertado entender la frase 'a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales' como una prescripción que impone 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 los que se impongan restricciones, en beneficio de la conservación, a la producción o al consumo de recursos naturales agotables."⁹⁴

"Por último, no creemos que con la frase 'a condición de que se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales' se haya pretendido establecer una prueba empírica basada en los 'efectos' como requisito para poder acogerse a la excepción del apartado g) del artículo XX. En primer lugar, el problema del establecimiento de la relación causal, perfectamente conocido en el ámbito del derecho nacional e internacional, es siempre difícil. En segundo lugar, en la esfera de la conservación de los recursos naturales agotables, cabe que haya de transcurrir un período considerable, tal vez varios años, antes de que sean perceptibles los efectos imputables a la aplicación de una medida determinada. No es razonable hacer depender la calificación jurídica de una medida de esa naturaleza de la concurrencia de acontecimientos posteriores. No obstante, no estamos sugiriendo que el análisis de los efectos previsibles de una medida no sea nunca pertinente. En un caso concreto, si resulta evidente que, desde un punto de vista realista, una medida concreta no puede tener, en ninguna situación posible, ningún efecto positivo en relación con los objetivos de conservación, probablemente este hecho sería debido fundamentalmente a que esa medida no estaba concebida como una reglamentación

⁹³ *Canadá - Salmón y arenque*, informe del Grupo Especial, párrafo 4.6.

⁹⁴ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, ISD 1996, páginas 22 y 23.

tendente a alcanzar objetivos de conservación. Dicho de otro modo, no se trataría en absoluto de una medida 'destinada principalmente a' la conservación de recursos naturales."⁹⁵

56. El Órgano de Apelación recordó y siguió el requisito de "imparcialidad" (mencionado anteriormente en *Estados Unidos - Gasolina*) en el asunto *Estados Unidos - Camarones* en el que afirmó que la medida examinada (el artículo 609) era una "medida imparcial" y que, por consiguiente, era una medida aplicada conjuntamente con restricciones a la pesca nacional del camarón.⁹⁶

IV. LA APLICACIÓN DEL PREÁMBULO DEL ARTÍCULO XX

A. FUNCIÓN Y ALCANCE DEL PREÁMBULO

57. Una vez que la medida cumple las condiciones exigidas por alguno de los apartados del artículo XX, el grupo especial o el Órgano de Apelación ha pasado a la aplicación de la cláusula introductoria (preámbulo) del artículo XX. El preámbulo exige que para justificar una medida al amparo de uno de los apartados del artículo XX, 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, o una restricción encubierta al comercio internacional".

58. El Órgano de Apelación definió, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el *alcance general* del preámbulo del artículo XX. Por consiguiente, el preámbulo no es "sino una expresión del principio de buena fe".⁹⁷

"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 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 y 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 diferencian los hechos que constituyen los casos concretos."⁹⁸

59. En lo que se refiere a la *función* del preámbulo del artículo XX, el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* señaló 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]'"⁹⁹ y que "[l]a cuestión fundamental ha de hallarse en el propósito y el objeto de evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones a las normas sustantivas que se prevén en el artículo XX".¹⁰⁰ El Órgano de Apelación, al remitirse entonces a los antecedentes de la negociación

⁹⁵ *Ibid.*, páginas 23 y 24.

⁹⁶ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafos 143-145.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 158.

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 159.

⁹⁹ Sin cursivas en el original. *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, página 24.

¹⁰⁰ *Ibid.*, página 27.

de esa disposición, que indican que el preámbulo tenía por objeto "evitar el abuso de las excepciones previstas en el artículo [XX]"¹⁰¹, señaló lo siguiente:

"El preámbulo incorpora el principio de que aunque las excepciones previstas en el artículo XX pueden invocarse como derechos legales, no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del *Acuerdo General*. En otras palabras, para que esas excepciones no se utilicen mal ni se abuse de ellas, las medidas amparadas por las excepciones particulares deben aplicarse de manera razonable, teniendo debidamente en cuenta tanto las obligaciones legales de la parte que invoca la excepción como los derechos legales de las demás partes interesadas."¹⁰²

60. Igualmente, el Órgano de Apelación, en su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, consideró que el preámbulo del artículo XX "incorpora el reconocimiento por parte de los Miembros de la OMC de la necesidad de mantener un equilibrio de derechos y obligaciones entre, por una parte, el derecho de un Miembro a invocar algunas de las excepciones del artículo XX, especificadas en los apartados a) a j) y, por otra, los derechos sustantivos que el GATT de 1994 concede a los demás Miembros".¹⁰³

61. En lo que respecta a la relación entre las excepciones previstas en el artículo XX y las disposiciones del resto del GATT de 1994, el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, indicó lo siguiente:

"Al mismo tiempo, es necesario leer el apartado g) del artículo XX y la frase "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables" en su contexto y de forma tal que se dé cumplimiento a los fines y objetivos del *Acuerdo General*. El contexto del apartado g) del artículo XX incluye las restantes disposiciones del *Acuerdo General*, incluidos en particular los artículos I, III y XI; a su vez, el contexto de los artículos I, III y XI incluye el artículo XX. Por consiguiente, la frase "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables" no se puede interpretar de forma tan amplia que trastorne seriamente el fin y el objetivo del párrafo 4 del artículo III. Tampoco se puede atribuir al párrafo 4 del artículo III un alcance tan amplio que de hecho vacíe de contenido al apartado g) del artículo XX y a las políticas e intereses que encarna. Los intérpretes de los tratados sólo pueden dar caso por caso un contenido, en el marco del *Acuerdo General* y de su objeto y finalidad, a la relación entre los compromisos afirmativos establecidos, por ejemplo, en los artículos I, III y XI, y las políticas e intereses encargados en las "Excepciones Generales" enumeradas en el artículo XX, examinando cuidadosamente el contexto de hecho y de derecho de una determinada diferencia, sin olvidar los términos realmente utilizados por los propios Miembros de la OMC para expresar sus intenciones y propósitos."¹⁰⁴

62. En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación también aclaró esta relación al señalar lo siguiente:

¹⁰¹ *Índice Analítico: Guía de las Normas y Usos del GATT*, volumen I, página 622 (1995).

¹⁰² *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, páginas 24 y 25.

¹⁰³ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 156.

¹⁰⁴ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, páginas 19 y 20.

"No estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que tener en cuenta las pruebas relativas a los riesgos para la salud que conlleva un producto, en el marco del párrafo 4 del artículo III, privaría de su utilidad al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Este apartado permite que un Miembro 'adopte y aplique' las medidas necesarias, entre otras cosas, para proteger la vida o la salud de las personas, aunque esa medida sea incompatible con otras disposiciones del GATT de 1994. El párrafo 4 del artículo III y el apartado b) del artículo XX son disposiciones del GATT de 1994 distintas e independientes, y cada una de ellas debe ser interpretada en sí misma. El alcance y significado del párrafo 4 del artículo III no debe ampliarse o restringirse más allá de lo que prescriben las normas jurídicas internacionales consuetudinarias normales de interpretación de los tratados, simplemente porque exista el párrafo b) del artículo XX, y éste pueda invocarse para justificar medidas incompatibles con el párrafo 4 del artículo III. El hecho de que una interpretación de este último párrafo, conforme a las citadas normas, implique un recurso menos frecuente al apartado b) del artículo XX, no priva la excepción establecida en este apartado de *effet utile*. El apartado b) del artículo XX sólo quedaría privado de *effet utile* si esa disposición *no* pudiera invocarse para permitir a un Miembro 'adoptar o aplicar' medidas 'necesarias para proteger la salud y la vida de las personas'. El hecho de que se aprecie las pruebas relativas a los riesgos para la salud derivados de las propiedades físicas de un producto, no impide que una medida que sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III se justifique en el marco del apartado b) del artículo XX. Señalamos, a este respecto, que lo que ha de investigarse en relación con estos dos artículos muy diferentes es distinto. Con arreglo al párrafo 4 del artículo III, las pruebas relativas a los riesgos para la salud pueden ser pertinentes para evaluar la *relación de competencia en el mercado* entre productos que se alega que son 'similares'. Las mismas pruebas u otras análogas, sirven para un propósito diferente en el marco del apartado b) del artículo XX: el de apreciar si un *Miembro* tiene motivos suficientes para 'adoptar o aplicar' una medida incompatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, por razones vinculadas con la salud humana."¹⁰⁵

63. Según se desprende del preámbulo del artículo XX, se deben cumplir tres requisitos. Primero, el grupo especial determina si la medida es *un medio de discriminación injustificable* (Sección B.1), o *un medio de discriminación arbitraria* (Sección B.2), y si no es así, el grupo especial pasa a examinar si la medida constituye una *restricción encubierta al comercio internacional* (Sección C). En el asunto *Estados Unidos - Camarones* y *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21)¹⁰⁶ el Órgano de Apelación observó que "[e]l 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".¹⁰⁷ Para que una medida no reúna las condiciones para ampararse en la justificación del artículo XX, basta con probar que se da tan sólo una de estas tres normas. Por ejemplo, el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, tras constatar que la medida en litigio era un medio de discriminación injustificable y arbitrario entre los países en que prevalecen las mismas condiciones, decidió que ya no era necesario

¹⁰⁵ CE - *Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 115.

¹⁰⁶ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Órgano de Apelación, párrafo 118.

¹⁰⁷ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 150.

examinar también si la medida se aplicaba de forma que constituyera una restricción encubierta al comercio internacional.¹⁰⁸

B. ¿UN MEDIO DE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIO O INJUSTIFICABLE?

64. Respecto de este requisito, el Grupo Especial en su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Resortes para automóviles*, observó que "del preámbulo del artículo XX se deducía claramente que lo que había que examinar era la *aplicación* de la medida y no la medida en sí".¹⁰⁹ El Órgano de Apelación confirmó esta constatación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*: "[p]or sus términos explícitos el preámbulo del artículo se refiere, no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica".¹¹⁰

65. El Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos - Camarones* a fin de determinar si la discriminación era arbitraria o injustificable, constató que tal determinación debe dirigirse no sólo a "las disposiciones detalladas relativas a la aplicación" sino también a la forma en que la medida "se aplica efectivamente".¹¹¹ Más recientemente, en el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial confirmó que "lo que tiene que considerar en relación con la primera parte de la alternativa que figura en el preámbulo del artículo XX es si la *aplicación* del Decreto constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones".¹¹² Igualmente, en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), el Grupo Especial examinó las Directrices y la práctica real de los Estados Unidos según lo previsto en estas Directrices.¹¹³ El Grupo Especial concluyó, lo que fue confirmado por el Órgano de Apelación¹¹⁴, que "el artículo 609 se aplica actualmente de una manera que ya no constituye un medio de discriminación injustificable o arbitrario".¹¹⁵

66. En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Grupo Especial y posteriormente el Órgano de Apelación examinaron minuciosamente las condiciones para que una medida constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.¹¹⁶ Primero el Grupo Especial observó que la medida estadounidense en litigio discriminaba entre aquellos países que habían sido certificados y que por consiguiente podían exportar camarones a los Estados Unidos y aquellos otros países no certificados y que estaban sujetos a la prohibición de las importaciones.¹¹⁷ El Grupo Especial indicó que "[d]e conformidad con el

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 184.

¹⁰⁹ Sin cursivas en el original. *Estados Unidos - Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles*, informe del Grupo Especial adoptado el 26 de mayo de 1983, IBDD 30S/107, párrafo 56.

¹¹⁰ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, ISD 1996, página 24.

¹¹¹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 160.

¹¹² *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.226.

¹¹³ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.94.

¹¹⁴ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Órgano de Apelación, párrafo 134.

¹¹⁵ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.137.

¹¹⁶ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.33-7.61; informe del Órgano de Apelación, párrafos 161-186.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrafo 7.33.

preámbulo del artículo XX, una medida puede discriminar, pero no en forma 'arbitraria' o 'injustificable'".¹¹⁸ También en el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial indicó que "si se establece que la aplicación de la medida es discriminatoria, quedará por ver todavía si es *arbitraria* y/o *injustificada* entre países en que prevalezcan las mismas condiciones".¹¹⁹ Por consiguiente, la calificación de discriminación injustificable de una medida será abordada por separado (Sección 1) de la cuestión de su arbitrariedad (Sección 2).

1. "Injustificable"

67. En el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación constató que una discriminación injustificable sería aquella que podía haberse "previsto" y que no fue "meramente voluntaria o inevitable".¹²⁰

68. De la lectura de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos - Camarones* y *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), se pueden identificar dos criterios: primero, un esfuerzo serio para negociar con el objetivo de concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para lograr un determinado objetivo de política general y, segundo, la flexibilidad de la medida.

a) Esfuerzo serio por negociar

69. Como parte del proceso para determinar si una medida se ha aplicado de manera que constituyó un medio de "discriminación arbitrario", el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, abordó el asunto de las negociaciones internacionales.¹²¹ La constatación pertinente del informe del Órgano de Apelación dice lo siguiente:

"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."¹²²

El Órgano de Apelación concluyó que los Estados Unidos negociaron seriamente con algunos Miembros, pero no así con otros Miembros, entre ellos los apelados, que exportan camarón a los Estados Unidos: "[e]l efecto de esa medida es simplemente discriminatorio y, en nuestra opinión, injustificable".¹²³

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.226.

¹²⁰ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, página 32.

¹²¹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 166.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, párrafo 172.

70. Como posteriormente interpretó el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), lo que fue confirmado por el Órgano de Apelación¹²⁴, parece que éste se refería a la negociación y no a la concertación de un acuerdo.¹²⁵ En consecuencia, los Estados Unidos tenían una obligación de realizar serios esfuerzos de buena fe para llegar a un acuerdo antes de recurrir a medidas unilaterales.¹²⁶ En la etapa del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial concluyó que, a fin de evitar una discriminación injustificable, los Estados Unidos tenían las siguientes obligaciones:

- "a) [L]os Estados Unidos tenían que tomar la iniciativa de celebrar negociaciones con los apelados, tras haber negociado con otros países pesqueros (los países del Caribe y del Atlántico Occidental);
- b) las negociaciones se debían celebrar con todas las partes interesadas ('globales') y debían estar dirigidas a establecer concertadamente medios de protección y conservación de las tortugas marinas amenazadas;
- c) los Estados Unidos tenían que realizar serios esfuerzos de buena fe [no se reproduce la nota de pie de página]; y
- d) los esfuerzos serios y de buena fe se debían realizar antes [no se reproduce la nota de pie de página] de imponer una prohibición de importación concedida unilateralmente [no se reproduce la nota de pie de página]."¹²⁷

b) Flexibilidad de la medida

71. En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación consideró que la falta de flexibilidad al considerar las diferentes situaciones en distintos países equivalía a una discriminación injustificada y que, en concreto, el artículo 609, tal como ha sido aplicado a través de las Directrices de 1996, constituía una discriminación injustificable en la medida en que su proceso de certificación carecía de flexibilidad.¹²⁸

72. El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21) también indicó que la continuación de las negociaciones no era necesariamente suficiente puesto que la medida necesitaba mostrar flexibilidad:

"El enfoque del Órgano de Apelación nos lleva a concluir que no es únicamente el hecho de que los Estados Unidos negociaron seriamente con algunos Miembros y menos seriamente con otros lo que constituye el fundamento de su constatación de discriminación injustificable en relación con las negociaciones, aunque hubiera sido por sí mismo suficiente para justificar tal conclusión. Creemos que otra razón de la constatación del Órgano de Apelación reside en que los Estados Unidos, al definir y aplicar unilateralmente los criterios para aplicar el artículo 609 no tomaron en cuenta las diferentes situaciones que pueden existir en los países exportadores. En otros

¹²⁴ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Órgano de Apelación, párrafo 134.

¹²⁵ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.63.

¹²⁶ *Ibid.*, párrafo 5.67.

¹²⁷ *Ibid.*, párrafo 5.66.

¹²⁸ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafos 161-164.

términos, los Estados Unidos no aplicaron el criterio relativo a la 'discriminación injustificada' al aplicar el mismo régimen a los camarones nacionales y a los extranjeros."¹²⁹

73. Como sugirió el análisis del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21) un enfoque basado en la determinación de "si una medida exige que un Miembro exportador cuente con un programa regulador que sea 'esencialmente el mismo' que el adoptado por el Miembro importador que aplica la medida constituye un instrumento útil para identificar medidas que dan lugar a una 'discriminación arbitraria o injustificable' y que, por consiguiente, *no* cumplen los requisitos del preámbulo del artículo XX".¹³⁰ Por consiguiente, el criterio para determinar el carácter de injustificable de una discriminación, tal como lo introdujo el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* y posteriormente lo reconoció el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, es un criterio de flexibilidad en el proceso de aplicación de la medida en cuestión. En la etapa del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial interpretó la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* entendiendo que "si en la práctica, la medida de aplicación prevé la posibilidad de una 'eficacia comparable', se habrá tenido en cuenta la constatación del Órgano de Apelación en cuanto a la falta de flexibilidad".¹³¹ El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21) coincidió con el enfoque seguido por el Grupo Especial:

"A nuestro parecer, el Grupo Especial razonó y concluyó acertadamente que la supeditación del acceso al mercado a la adopción de un programa *comparable en eficacia* permite un grado de flexibilidad suficiente en la aplicación de la medida para evitar una 'discriminación arbitraria o injustificable'. Por consiguiente, estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial acerca de la 'eficacia comparable'".¹³²

2. "Arbitrario"

74. En el asunto *Estados Unidos - Camarones* el Órgano de Apelación constató que la medida en cuestión no reunía los requisitos del preámbulo del artículo XX en lo relativo a la discriminación arbitraria porque, al aplicar la medida, los Miembros exportadores debían hacer frente a "una prescripción única, rígida e inflexible" para adoptar *esencialmente la misma* política y las mismas prácticas para exigir el cumplimiento que las que se aplican y se exigen cumplir a los arrastreros nacionales dedicados a la pesca del camarón en los Estados Unidos.¹³³ Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la "rigidez e inflexibilidad" en la aplicación de la medida por los Estados Unidos constituía una "'discriminación arbitraria' en el sentido del preámbulo".¹³⁴

75. El Grupo Especial, en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), al examinar la posible arbitrariedad de la aplicación de la medida de los Estados Unidos, tuvo en cuenta "el sentido corriente de la palabra *"arbitrary"* más apropiado en el contexto del preámbulo del

¹²⁹ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.46.

¹³⁰ Comentarios realizados por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), párrafo 141.

¹³¹ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.93.

¹³² *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Órgano de Apelación, párrafo 144.

¹³³ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 177.

¹³⁴ *Ibid.*

artículo XX, es decir, "*capricious, unpredictable, inconsistent*" (caprichoso, imprevisible, ilógico)".¹³⁵ El Grupo Especial, en la etapa del párrafo 5 del artículo 21, al interpretar el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, constató que existía una discriminación arbitraria porque los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las condiciones que prevalecían en los países afectados.¹³⁶ Como examinó más detalladamente el Grupo Especial en la etapa del párrafo 5 del artículo 21, lo que llevó al Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* a considerar la aplicación del artículo 609 como una "discriminación arbitraria" fue lo siguiente:

- "a) Imponía una prescripción única, rígida e inflexible por la cual los países que solicitan la certificación adoptan un programa reglamentario integral que sea esencialmente el mismo que el programa estadounidense; y
- b) que este programa se impuso sin investigar si tal programa es apropiado a las condiciones que prevalecen en los países exportadores."¹³⁷

76. En el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), el Grupo Especial también consideró que con el nuevo programa de aplicación de los Estados Unidos, el llamado "Directrices revisadas", los Estados Unidos se situaban en una mejor posición para evitar decisiones "arbitrarias":

"Un Miembro que desee obtener la certificación parece tener la posibilidad de demostrar que su programa, aunque no exija el empleo de DET [dispositivos excluidores de tortugas], es comparable al de los Estados Unidos. A primera vista, la medida de aplicación ya no se basa principalmente en la aplicación de determinados métodos o criterios, sino en el logro de determinados objetivos, si bien en este caso el término "objetivos" puede tener un significado relativamente amplio. Alguna demostración del grado real de flexibilidad de las Directrices revisadas se puede hallar en la autorización concedida a Australia para exportar camarón procedente de la pesquería septentrional y del Golfo de Spencer, a pesar de que Australia no ha obtenido un certificado con arreglo al artículo 609."¹³⁸

77. El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), constató asimismo que las "disposiciones de las Directrices Revisadas permiten un grado de flexibilidad que, a nuestro juicio, hará posible que los Estados Unidos tengan en cuenta las condiciones que prevalecen en Malasia, en caso de que Malasia solicite la certificación y en el momento en que la solicite".¹³⁹

C. ¿UNA RESTRICCIÓN ENCUBIERTA AL COMERCIO INTERNACIONAL?

78. La cuestión de si una medida constituye una restricción encubierta al comercio internacional ha sido estudiada por varios informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación y con más detalle por el Grupo Especial en el asunto *CE - Amianto*. En este asunto, el Grupo Especial recordó

¹³⁵ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.124.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 5.123.

¹³⁷ *Ibid.*, párrafo 5.122.

¹³⁸ *Ibid.*, párrafo 5.124.

¹³⁹ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Órgano de Apelación, párrafo 148.

primero que el alcance de estas palabras no había sido claramente definido: "en el marco del Acuerdo General de 1947, los grupos especiales parecen haber considerado esencialmente que una restricción encubierta al comercio internacional es una restricción que no ha tomado la forma de una medida comercial, no se ha anunciado previamente [no se reproduce la nota de pie de página] o no se ha publicado, o bien no ha sido objeto de investigación [remisión al asunto *Estados Unidos - Resortes para automóviles*]"¹⁴⁰. El Grupo Especial llevó a cabo entonces un profundo análisis de los términos exactos de esta expresión:

"Respecto de la observación del Órgano de Apelación en este mismo asunto, [remisión al asunto *Estados Unidos - Gasolina*] según la cual 'las disposiciones del preámbulo [del artículo XX] no pueden lógicamente referirse a la misma norma o normas por las que se ha determinado que ha habido infracción de una norma sustantiva', nosotros estimamos que para comprender el alcance del término 'restricción encubierta al comercio internacional' lo importante no es tanto el término 'restricción' (ya que, esencialmente, toda medida relativa al artículo XX es una restricción del comercio internacional) sino la expresión 'encubierta'. Según el criterio definido en el artículo 31 de la Convención de Viena, nos parece que en el significado habitual del verbo 'encubrir' puede haber un elemento de *intencionalidad*. En efecto, entre las acepciones de '*disguise*' (encubrir) figuran "*cacher sous des apparences trompeuses, contrefaire*" (ocultar bajo apariencias engañosas, falsificar), "*modifier pour tromper*" (modificar para engañar), "*dénaturer*" (desnaturalizar) y '*dissimuler*' (disimular). [No se reproduce la nota de pie de página.] Así pues, una restricción que, en la forma, responda a las prescripciones del párrafo b) del artículo XX será abusiva si en la práctica se trata simplemente de un encubrimiento y si, so pretexto de la medida, lo que se quiera es restringir el comercio."¹⁴¹

79. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación, a fin de determinar si una medida supone una restricción encubierta al comercio internacional, han introducido de forma progresiva tres criterios: *i*) la prueba de la publicidad, *ii*) la consideración de si la aplicación de una medida también equivale a discriminación arbitraria o injustificable, y *iii*) el examen del "diseño, la arquitectura y la estructura reveladora" de la medida en cuestión.

80. *i*) El Grupo Especial, en el asunto *Estados Unidos - Atún del Canadá*, siguió una interpretación literal del concepto de "restricción encubierta al comercio internacional" basada solamente en la prueba de publicidad. El Grupo Especial estimó que "la medida tomada por los Estados Unidos no debía considerarse como una restricción encubierta del comercio internacional, observando que la prohibición estadounidense de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá se había tomado en tanto que medida comercial y se había anunciado públicamente como tal".¹⁴²

81. Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* que era "claro que restricción o discriminación *oculta o tácita* en el comercio internacional *no* agota el

¹⁴⁰ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.233.

¹⁴¹ *Ibid.*, párrafo 8.236.

¹⁴² *Estados Unidos - Atún del Canadá*, informe del Grupo Especial, párrafo 4.8. En la reunión del Consejo, donde se adoptó el informe, el representante del Canadá observó que "para su país no basta con que una medida comercial se anuncie públicamente como tal para considerar que no es una restricción encubierta al comercio internacional en el sentido de lo dispuesto en el artículo XX del Acuerdo General" (citado en el *Índice analítico: Guía de las Normas y Usos del GATT*, volumen I, página 623 (1995)). Véase también el asunto *Estados Unidos - Piezas y componentes* en donde el Grupo Especial siguió el mismo criterio de publicidad, párrafo 56.

significado de 'restricción encubierta'".¹⁴³ En el asunto *CE - Amianto* el Grupo Especial interpretó esta frase entendiendo que una medida que no se publique no respondería a las condiciones de la segunda cláusula del preámbulo del artículo XX. El Grupo Especial indicó que la medida en cuestión (el Decreto francés):

"fue publicado en el Boletín Oficial de la República Francesa con fecha 26 de diciembre de 1996, y entró en vigor el 1º de enero de 1997. Observamos también que el Decreto se aplica a los intercambios comerciales internacionales de un modo inequívoco, ya que prohíbe a la vez la importación y la exportación del amianto. En este sentido, las normas establecidas en los asuntos *Estados Unidos - Atún (1982)* y *Estados Unidos - Resortes para automóviles*, ya se han cumplido".¹⁴⁴

El Grupo Especial observó además que esta observación también sugiere que la expresión "restricción encubierta al comercio internacional" abarca otros requisitos aparte de la mera prueba de publicidad.¹⁴⁵

82. ii) El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* también estimó que los tipos de consideraciones pertinentes para decidir si la aplicación de una medida determinada equivale a una "discriminación arbitraria o injustificable" pueden también tomarse en consideración para determinar si existe una "restricción encubierta al comercio internacional":

"Por consiguiente, 'discriminación arbitraria', 'discriminación injustificable' y 'restricción encubierta' al comercio internacional pueden interpretarse en aposición; se dan sentido recíprocamente. Para nosotros es claro que 'restricción encubierta' incluye *discriminación encubierta* en el comercio internacional (...). Estimamos que puede interpretarse adecuadamente que la 'restricción encubierta', cualesquiera que sean los demás aspectos que comprenda, abarca las restricciones equivalentes a una discriminación arbitraria o injustificable en el comercio internacional aplicadas en la forma de una medida formalmente comprendida en el ámbito de una de las excepciones enumeradas en el artículo XX."¹⁴⁶

83. En el asunto *CE - Amianto* el Grupo Especial recordó y siguió este principio:

"Recordamos que en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación estimaba que los tipos de consideraciones pertinentes para decidir si la aplicación de una medida determinada equivale a una 'discriminación arbitraria o injustificable' pueden también tomarse en consideración para determinar si hay 'restricción encubierta' al comercio internacional."¹⁴⁷

84. iii) El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* y el Grupo Especial en el asunto *CE - Amianto* tuvieron en cuenta otro requisito. En el asunto *CE - Amianto*, tras constatar que la medida en cuestión cumplía el criterio de publicidad, el Grupo Especial examinó como requisito adicional el de "diseño, la arquitectura y la estructura reveladora"¹⁴⁸ de la medida como ya se

¹⁴³ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, ISD 1996, página 27.

¹⁴⁴ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.234.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, ISD 1996, página 27.

¹⁴⁷ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.237.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 8.236.

había abordado en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*¹⁴⁹ a fin de discernir la aplicación con fines de protección de una medida:

"No obstante, como ha reconocido el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, el objeto de una medida quizás no pueda evaluarse fácilmente. [No se reproduce la nota de pie de página.] Observamos no obstante que en este mismo asunto, el Órgano de Apelación indica que la aplicación con fines de protección puede, en la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida [no se reproduce la nota de pie de página]."¹⁵⁰

85. El Grupo Especial concluyó luego que "habida cuenta del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora del Decreto, constatamos que no disponemos de ningún elemento que nos pueda llevar a la conclusión de que el Decreto tiene objetivos proteccionistas".¹⁵¹ Igualmente, en el asunto *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21)*, el Grupo Especial demostró que la medida en cuestión no constituía una restricción encubierta al comercio internacional al examinar el "diseño, la arquitectura y la estructura reveladora" de la medida.¹⁵²

¹⁴⁹ *Japón - Bebidas alcohólicas*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, página 145.

¹⁵⁰ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.236.

¹⁵¹ *Ibid.*, párrafo 8.238.

¹⁵² *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21)*, informe del Grupo Especial, párrafo 5.142.

ANEXOS

ASUNTOS

I. ESTADOS UNIDOS - ATÚN DEL CANADÁ¹

A. PARTES

Reclamante: Canadá.

Demandado: Estados Unidos.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 21 de enero de 1980.

Establecimiento del Grupo Especial: 26 de marzo de 1980.

Composición del Grupo Especial: 26 de marzo de 1980.

Distribución del informe del Grupo Especial: 22 de diciembre de 1981.

Adopción: 22 de febrero de 1982.

C. HECHOS PRINCIPALES

1. Los Estados Unidos prohibieron las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá después de que las autoridades canadienses apresaran 19 pesqueros y arrestaran a cierto número de pescadores estadounidenses que se dedicaban a la pesca de atún blanco o albacora, sin autorización del Gobierno canadiense, en aguas que el Canadá consideraba situadas bajo su jurisdicción (dentro del límite de 200 millas de la Costa Occidental del Canadá). Los Estados Unidos no reconocían esa jurisdicción y decretaron la prohibición de las importaciones de atún y productos de atún como medida de retorsión en virtud de la Ley sobre Conservación y Administración de Pesquerías (artículo 205). Esta reglamentación tenía por objeto lograr la debida conservación y gestión de ciertos bancos de peces, apoyar y alentar la aplicación y observancia de acuerdos internacionales de pesca para la conservación y la gestión de especies altamente migratorias. Además, el artículo 205 contenía disposiciones destinadas a desalentar a los otros países de que tratasen de administrar el atún unilateralmente y de que apresasen barcos pesqueros estadounidenses que faenasen a una distancia superior a 12 millas de sus costas.²

2. El 29 de agosto de 1980, después de un acuerdo provisional con el Canadá sobre la pesca del atún blanco o albacora, el Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales informó a la Secretaría del GATT de que sus autoridades habían decidido levantar la prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá. Esa prohibición fue levantada el 4 de septiembre de 1980.³ En una reunión del Grupo Especial celebrada el 3 de diciembre de 1980, el Canadá solicitó al Grupo Especial que continuase su labor puesto que

¹ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá*, adoptado el 22 de febrero de 1982, IBDD 29S/91.

² *Ibid.*, párrafo 4.5.

³ *Ibid.*, párrafo 2.7.

existía la posibilidad de que se impusieran otras prohibiciones a los productos pesqueros del Canadá.⁴ Los Estados Unidos informaron al Grupo Especial de que sus autoridades dudaban de la necesidad de proseguir el asunto pero que seguirían cooperando con el Grupo Especial si éste decidía continuar el examen del asunto.⁵ El Grupo Especial decidió proseguir con el asunto y elaboró un informe completo. El 26 de mayo de 1981, el Canadá y los Estados Unidos firmaron el Tratado sobre los barcos atuneros (albacora del Pacífico) y sus privilegios portuarios, que entró en vigor el 29 de julio de 1981.⁶

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

3. El Grupo Especial constató que la prohibición impuesta por los Estados Unidos a las importaciones era contraria al apartado 1 del artículo XI y que no se justificaba ni al amparo del párrafo 2 del artículo XI⁷, ni al amparo del apartado g) del artículo XX. Los Estados Unidos fundamentaron su argumentación respecto a la justificación de la medida adoptada contra las importaciones de atún y productos de atún exclusivamente en el apartado g) del artículo XX.

4. En lo que respecta al preámbulo del artículo XX, el Grupo Especial constató que la discriminación contra el Canadá podría no haber sido necesariamente arbitraria o injustificable puesto que los Estados Unidos habían adoptado medidas similares contra las importaciones procedentes de otros países y por razones análogas. El Grupo Especial consideró también que la medida de los Estados Unidos no debería considerarse como una restricción encubierta al comercio internacional puesto que la prohibición estadounidense de las importaciones se había adoptado como medida comercial y se había anunciado públicamente como tal.⁸

5. En lo que respecta al apartado g) del artículo XX, el Grupo Especial observó que ambas partes consideraban los bancos de atún como un recurso natural agotable.⁹ Sin embargo, el Grupo Especial tomó nota de que los Estados Unidos no habían presentado pruebas de que se hubiera restringido en los Estados Unidos el consumo nacional de atún y productos de atún, tal como se exige en la segunda parte del apartado g) del artículo XX.¹⁰

II. CANADÁ - SALMÓN Y ARENQUE¹¹

A. PARTES

Reclamante: Estados Unidos.

Demandado: Canadá.

⁴ *Ibid.*, párrafo 2.8.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, párrafos 2.13 - 2.14.

⁷ *Ibid.*, párrafo 4.6.

⁸ *Ibid.*, párrafo 4.8.

⁹ *Ibid.*, párrafo 4.9.

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 4.11.

¹¹ *Canadá - Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/98.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 20 de febrero de 1987.

Establecimiento del Grupo Especial: 4 de marzo de 1987.

Composición del Grupo Especial: 15 de abril de 1987.

Distribución del informe del Grupo Especial: 20 de noviembre de 1987.

Adopción: 22 de marzo de 1988.

C. HECHOS PRINCIPALES

6. En virtud de la Ley de Pesca del Canadá de 1970, ese país aplicaba una reglamentación que prohibía la exportación o la venta para la exportación de determinadas especies de arenque y salmón sin elaborar. Las medidas gubernamentales para la conservación, ordenación y desarrollo de las reservas de salmón y arenque en las aguas de la Columbia Británica datan de los primeros decenios del siglo XX. Estas medidas han conducido, a lo largo de los años, a una serie de medidas nacionales y bilaterales que se han plasmado, entre otras cosas, en varios tratados y convenios bilaterales y multilaterales relativos a la pesca en estas aguas. La pesca del salmón rojo y rosado y del arenque representa el porcentaje más importante de las pesquerías en la Costa Occidental del Canadá. De estas especies se nutre la mayor parte del sector de la elaboración en la Costa Occidental del Canadá, que da empleo a casi cinco sextas partes de los trabajadores empleados en la industria de elaboración del pescado de la Columbia Británica.¹²

7. Los Estados Unidos denunciaron que estas medidas eran incompatibles con el artículo XI y que no podían justificarse en virtud del artículo XX. El Canadá alegó, entre otras cosas, que estas restricciones a la exportación formaban parte de un sistema de gestión de recursos pesqueros destinado a la preservación de bancos pesqueros y que, por consiguiente, se justificaban en virtud del apartado g) del artículo XX.¹³

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

8. El Grupo Especial coincidió con las partes en que las poblaciones de salmón y arenque eran "recursos naturales agotables" y que las limitaciones a las capturas eran "restricciones a la producción nacional" en el sentido del apartado g) del artículo XX.¹⁴

9. El Grupo Especial interpretó entonces el sentido de los términos "relativa a" y "conjuntamente con".¹⁵ Consideró que el propósito perseguido al incluir el apartado g) del artículo XX en el Acuerdo General del GATT era garantizar que los compromisos asumidos en virtud del Acuerdo General no obstaculizaran la puesta en práctica de políticas destinadas a la conservación de recursos naturales agotables. El Grupo Especial concluyó que una medida comercial tenía que *estar destinada principalmente* a la conservación de un recurso natural agotable para que pudiera ser considerada "relativa a" la conservación de los recursos en el sentido del apartado g) del artículo XX. Además el Grupo Especial determinó, en lo relativo al término "conjuntamente con" del apartado g) del

¹² *Ibid.*, párrafos 2.5-2.6.

¹³ *Ibid.*, párrafo 4.1.

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 4.4.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 4.6.

artículo XX, que una medida comercial sólo se podía considerar que se aplicaba "conjuntamente con" restricciones a la producción si estaba destinada principalmente *a hacer efectivas esas restricciones*.

10. Por consiguiente, el Grupo Especial examinó si las prohibiciones a la exportación de determinadas especies de salmón sin elaborar y de arenques sin elaborar mantenidas por el Canadá estaban *destinadas principalmente a* la conservación de las poblaciones de salmón y arenque y *a hacer efectivas las restricciones* a las capturas de salmón y arenque. El Canadá presentó dos argumentos: primero, que las prohibiciones a la exportación no eran en sí mismas medidas de conservación de recursos sino que tenían efectos en la conservación de los mismos debido a que ayudaban a establecer los fundamentos estadísticos para las restricciones a las capturas y segundo, que incrementaban los beneficios derivados para la economía canadiense del Programa de Fomento a los Salmónidos.¹⁶

11. Sobre el primer argumento, el Grupo Especial indicó que el Canadá había recogido datos estadísticos sobre muchas especies diferentes de peces, incluidas determinadas especies de salmón, sin imponer restricciones a su exportación. Sobre el segundo argumento, el Grupo Especial indicó que el Programa de Fomento de los Salmónidos también incluía especies de salmón a las que no se aplicaban prohibiciones de exportación y que el Canadá sólo limitaba las compras de estos pescados sin elaborar cuando las realizaban empresas elaboradoras y consumidores extranjeros y no cuando las realizaban empresas elaboradoras y consumidores nacionales. Habida cuenta de todos estos factores en conjunto, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que no se podía considerar que estas prohibiciones estuvieran destinadas principalmente a la conservación de las poblaciones de salmón y arenque y a hacer efectivas las restricciones a las capturas de estos peces.¹⁷ Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las prohibiciones a la exportación no estaban justificadas por el apartado g) del artículo XX.

III. TAILANDIA - CIGARRILLOS¹⁸

A. PARTES

Reclamante: Estados Unidos.

Demandado: Tailandia.

Terceros: las Comunidades Europeas.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 5 de febrero de 1990.

Establecimiento del Grupo Especial: 3 de abril de 1990.

Composición del Grupo Especial: 16 de mayo de 1990.

Distribución del informe del Grupo Especial: 5 de octubre de 1990.

Adopción: 7 de noviembre de 1990.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 4.7.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/200.

C. HECHOS PRINCIPALES

12. En virtud de la Ley del Tabaco de 1966, Tailandia prohibió la importación de cigarrillos y otras labores de tabaco, pero autorizó la venta de cigarrillos de producción nacional. Además, estableció sobre los cigarrillos un impuesto especial, un impuesto sobre las transacciones comerciales y un impuesto municipal. Los Estados Unidos alegaron que esas restricciones a la importación eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del Acuerdo General, y consideraron que no estaban justificadas en virtud del párrafo 2 c) i) de dicho artículo ni del apartado b) del artículo XX. Los Estados Unidos también solicitaron que el Grupo Especial constatará que los impuestos internos eran incompatibles con el párrafo 2 del artículo III del Acuerdo General.

13. Tailandia mantuvo, entre otras cosas, que las restricciones a la importación estaban amparadas por el apartado b) del artículo XX porque el Gobierno había adoptado medidas para cuya eficacia era imprescindible prohibir las importaciones de cigarrillos y porque debido a sustancias químicas y otros aditivos que contenían los cigarrillos estadounidenses, éstos podían ser más nocivos que los tailandeses. Puesto que las consecuencias para la salud de la apertura del mercado de cigarrillos constituía una de las principales justificaciones del régimen de importación de cigarrillos de Tailandia, Tailandia solicitó al Grupo Especial la consulta de un experto de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sobre la base del Memorando de Entendimiento entre las partes, el Grupo Especial solicitó a la OMS que presentara sus conclusiones sobre algunos aspectos técnicos del asunto, tales como los efectos del uso y consumo de cigarrillos sobre la salud.

14. La OMS indicó que había grandes diferencias entre los cigarrillos fabricados en los países en desarrollo, como Tailandia, y los que podían consumirse en los países desarrollados, que empleaban aditivos y aromatizantes.¹⁹ Es más, el tabaco en rama que se cultivaba en el país era más áspero y menos fácil de fumar que las mezclas de tabaco estadounidenses utilizadas en la elaboración de cigarrillos de marcas internacionales. Esas diferencias tenían interés para la salud pública porque debido a ellas era más fácil que grupos que tal vez no fumarían, como las mujeres y los adolescentes, fumaran cigarrillos occidentales y provocaban en muchos fumadores la falsa ilusión de que esas marcas eran menos nocivas que las nacionales, que estaban siendo abandonadas por los consumidores. Sin embargo, la OMS no pudo aportar ninguna prueba científica de que los cigarrillos con aditivos fueran más o menos nocivos para la salud que los cigarrillos sin aditivos.

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAciones FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

15. El Grupo Especial concluyó que los impuestos internos eran compatibles con las obligaciones derivadas del párrafo 2 del artículo XX.²⁰ Sin embargo, las restricciones a la importación estaban en contradicción con el párrafo 1 del artículo XI y no estaban amparadas por el párrafo 2 c) de ese artículo.²¹ El Grupo Especial también llegó a la conclusión de que las restricciones a la importación no eran "necesarias" en el sentido del apartado b) del artículo XX.²²

16. Las restricciones a la importación impuestas por Tailandia no podían considerarse "necesarias" en el sentido del apartado b) del artículo XX puesto que existían medidas alternativas compatibles con el GATT, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, que era razonable esperar que Tailandia utilizara para alcanzar sus objetivos de política sanitaria.²³ Tailandia

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 52.

²⁰ *Ibid.*, párrafos 86, 88.

²¹ *Ibid.*, párrafos 67-71.

²² *Ibid.*, párrafo 82.

²³ *Ibid.*, párrafo 75.

tenía razonablemente a su alcance diversas medidas compatibles con el GATT para controlar la calidad y cantidad de los cigarrillos que se fumaban y que, utilizadas conjuntamente, podían haber servido para conseguir los objetivos de política sanitaria que Tailandia trataba de alcanzar.²⁴ Por ejemplo, el Grupo Especial sugirió que una prohibición de la publicidad de cigarrillos podría contener la demanda al mismo tiempo que cumpliría las prescripciones del párrafo 4 del artículo III.²⁵

IV. ESTADOS UNIDOS - ATÚN (MÉXICO)²⁶

A. PARTES

Reclamante: México.

Demandado: Estados Unidos.

Terceros: Australia; Canadá; Chile; Colombia; las Comunidades Europeas; Corea; Costa Rica; Filipinas; India; Indonesia; Japón; Nicaragua; Noruega; Nueva Zelandia; Perú; Senegal; Singapur; Tailandia; Tanzania; Túnez y Venezuela.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 25 de enero de 1991.

Establecimiento del Grupo Especial: 6 de febrero de 1991.

Composición del Grupo Especial: 12 de marzo de 1991.

Distribución del informe del Grupo Especial: 3 de septiembre de 1991.

Informe del Grupo Especial no adoptado.

C. HECHOS PRINCIPALES

17. En la pesca comercial se utiliza normalmente para la captura de atunes la técnica de grandes redes "cerqueras". En el Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO) se sabe que los delfines nadan por encima de los bancos de túnidos. Los pescadores de atún en el PTO utilizan comúnmente a los delfines para localizar a los bancos de atunes y encerrarlos intencionadamente en la red cerquera con la esperanza de encontrar al atún debajo de los delfines. Se alegaba que esta técnica podría dar lugar a capturas incidentales de delfines durante las operaciones de pesca del atún.

18. La Ley de Protección de los Mamíferos Marinos (LPMM) de 1972, con sus sucesivas enmiendas, impone una prohibición de la "captura" (acosar, perseguir, capturar, dar muerte o intentarlo) y de la importación en los Estados Unidos de mamíferos marinos, salvo excepción expresamente autorizada. Esta Ley rige la captura incidental de mamíferos marinos en el curso de la pesca de atún aleta amarilla en el PTO.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 81.

²⁵ *Ibid.*, párrafo 78.

²⁶ *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, informe no adoptado y distribuido el 3 de septiembre de 1991, DS21/R.

19. En virtud de la LPMM estaba prohibida la importación de pescado o productos de pescado comerciales que hubiesen sido capturados con tecnología pesquera comercial y cuya captura hubiera causado la muerte incidental o heridas graves incidentales a mamíferos oceánicos en exceso de las normas de los Estados Unidos. En particular, estaba prohibida la importación de atún aleta amarilla pescado con redes cerqueras en el PTO (*prohibición aplicable a la nación directamente exportadora*), salvo que las autoridades competentes de los Estados Unidos constataran que i) el gobierno de la nación pesquera impusiera un programa de regulación de la captura de mamíferos marinos que fuera comparable al de los Estados Unidos, y ii) la tasa media de capturas incidentales de mamíferos marinos por embarcación de la nación pesquera fuera comparable a la tasa media de esas capturas por embarcaciones estadounidenses.²⁷ Para cumplir este requisito, el país exportador debía demostrar que la tasa media de capturas incidentales (tasa de mortalidad de los delfines por cada lanzamiento de redes pesqueras) no fuera más de 1,25 veces superior a la tasa media de capturas correspondiente a las embarcaciones estadounidenses en el mismo período.²⁸ En 1991, los países afectados por la prohibición aplicable a la nación directamente exportadora fueron México, Venezuela y Vanuatu.²⁹ También se prohibían las importaciones de atún procedentes de países que lo hubieran adquirido en un país objeto de una prohibición aplicable a la nación directamente exportadora (*prohibición aplicable a la nación intermediaria*). En 1991 los países afectados por la prohibición aplicable a la nación intermediaria fueron Costa Rica, Francia, Italia, el Japón y Panamá.³⁰

20. México alegó que la prohibición de las importaciones de atún aleta amarilla y productos de atún era incompatible con los artículos XI, XIII y III.³¹ Los Estados Unidos pidieron al Grupo Especial que constatará que la *prohibición aplicable a la nación directamente exportadora* estaba en conformidad con el artículo III y, de no ser así, estaba amparada por los apartados b) y g) del artículo XX. Los Estados Unidos también alegaron que la *prohibición aplicable a la nación intermediaria* estaba en conformidad con el artículo III y, de no ser así, estaba amparada por los apartados b), d) y g) del artículo XX.³²

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

21. El Grupo Especial constató que la prohibición de las importaciones en virtud de la *prohibición aplicable a la nación directamente exportadora* o aplicable a la nación *intermediaria* no constituía una reglamentación interna en el sentido del artículo III, era contraria a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI y no se justificaba en virtud de los apartados b) y g) del artículo XX. Además, la *prohibición aplicable a la nación intermediaria* no estaba amparada por el apartado b), d) ni g) del artículo XX.³³

22. El Grupo Especial concluyó que, según la historia de su redacción, el apartado b) del artículo XX no se extendía a las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales situados fuera de la jurisdicción del país que adopta la

²⁷ *Ibid.*, párrafo 2.5.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 2.6.

²⁹ *Ibid.*, párrafo 2.8.

³⁰ *Ibid.*, párrafo 2.11.

³¹ *Ibid.*, párrafo 3.1.

³² *Ibid.*, párrafos 3.6-3.7.

³³ *Ibid.*, párrafos 5.38-5.40.

medida.³⁴ Además, el Grupo Especial estimó que de aceptarse la interpretación amplia del apartado b) del artículo XX sugerida por los Estados Unidos, cada una de las partes contratantes podría establecer de manera unilateral políticas de protección de la vida y la salud de las cuales las demás partes contratantes no podrían desviarse sin poner en peligro los derechos que les confiere el GATT.³⁵ El Grupo Especial también rechazó una aplicación extrajurisdiccional del apartado g) del artículo XX.³⁶

23. Además, el Grupo Especial indicó que aun cuando los apartados b) y g) del artículo XX se interpretaran para aplicarse extrajurisdiccionalmente, las medidas estadounidenses no reunían los requisitos establecidos en estas dos disposiciones. A juicio del Grupo Especial, la medida estadounidense no podía considerarse necesaria en el sentido del apartado b) del artículo XX puesto que los Estados Unidos no habían demostrado que hubieran agotado todas las opciones razonables de que disponían para alcanzar sus objetivos de protección de los delfines a través de medidas compatibles con el GATT y en especial mediante la negociación de acuerdos de cooperación internacional, lo que parecería conveniente teniendo en cuenta que los delfines se desplazan por las aguas de numerosos Estados y por los océanos.³⁷ En lo que respecta al apartado g) del artículo XX, el Grupo Especial recordó que los Estados Unidos vincularon con la tasa de captura de delfines efectivamente registrada respecto de los pescadores estadounidenses, la tasa máxima de capturas incidentales de delfines que México debía respetar. El Grupo Especial estimó que una limitación del comercio basada en condiciones tan imprevisibles no podía considerarse principalmente encaminada a la conservación de los delfines en el sentido del apartado g) del artículo XX.³⁸

24. En lo que respecta al apartado d) del artículo XX, el Grupo Especial observó que los Estados Unidos habían aducido que la prohibición relativa a los países *intermediarios* era necesaria en apoyo de la prohibición *directa* porque los países cuyas exportaciones eran objeto de tal prohibición no debían poder anular el efecto de la misma exportando a los Estados Unidos de manera indirecta a través de terceros países. El Grupo Especial constató que, habida cuenta de su conclusión de que la prohibición directa es incompatible con el GATT, la prohibición relativa a los países *intermediarios* y las disposiciones de la LPMM en virtud de las cuales se impone esa prohibición no pueden ampararse en el apartado d) del artículo XX como medida encaminada a lograr la observancia de "las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo".³⁹

V. ESTADOS UNIDOS - ATÚN (CEE)⁴⁰

A. PARTES

Reclamantes: la Comunidad Económica Europea (CEE) y los Países Bajos.

Demandado: Estados Unidos.

³⁴ *Ibid.*, párrafo 5.26.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 5.27.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 5.32.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 5.28.

³⁸ *Ibid.*, párrafo 5.33.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 5.40.

⁴⁰ *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, informe no adoptado y distribuido el 16 de junio de 1994, DS29/R.

Terceros: Australia; Canadá; Colombia; Costa Rica; El Salvador; Japón; Nueva Zelandia; Tailandia y Venezuela.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 5 de junio de 1992.

Establecimiento del Grupo Especial: 14 de julio de 1992.

Composición del Grupo Especial: 25 de agosto de 1992.

Distribución del informe del Grupo Especial: 16 de junio de 1994.

Informe del Grupo Especial no adoptado.

C. HECHOS PRINCIPALES

25. Los hechos de este asunto son similares a los que se describieron anteriormente en el asunto *Estados Unidos - Atún (México)*. La LPMM preveía que cualquier nación (nación *intermediaria*) que exportara atún aleta amarilla o productos de atún aleta amarilla a los Estados Unidos, debía certificar y suministrar pruebas razonables de que no había importado productos sujetos a la prohibición directa dentro de los seis meses precedentes.⁴¹ Tras la adopción de una nueva definición de nación *intermediaria*, Francia, las Antillas Neerlandesas y el Reino Unido fueron retirados de la lista de naciones *intermediarias*. En octubre de 1992, Costa Rica, Italia, el Japón y España todavía estaban sujetos a la prohibición aplicable a las naciones *intermediarias*.⁴²

26. La CEE y los Países Bajos (en nombre de las Antillas Neerlandesas) alegaron que tanto la *prohibición aplicable a la nación directamente exportadora* como la *prohibición aplicable a la nación intermediaria*, cuya imposición preveía la LPMM, no estaban amparadas por las disposiciones del artículo III, eran contrarias al párrafo 1 del artículo XI y no estaban comprendidas en ninguna de las excepciones del artículo XX. Los Estados Unidos estimaron que la *prohibición aplicable a la nación intermediaria* estaba en conformidad con el Acuerdo General puesto que quedaba dentro del alcance de los apartados g), b) y d) del artículo XX, y que la *prohibición aplicable a la nación intermediaria* no anulaba ni menoscababa ningún beneficio que correspondiese a la CEE o a los Países Bajos puesto que no se aplicaba a esos países.

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

27. El Grupo Especial constató que ni la *prohibición aplicable a la nación directamente exportadora* ni la aplicada a las *naciones intermediarias* estaban amparadas por el artículo III y que ambas eran contrarias al párrafo 1 del artículo XI. Asimismo, el Grupo Especial constató que las medidas de los Estados Unidos no estaban amparadas por ninguna de las excepciones previstas en los apartados b), d) o g) del artículo XX. Según lo previsto en el apartado b) y g) del artículo XX, el Grupo Especial constató que no existía una base para sostener que el artículo XX se aplicaba solamente a las políticas relacionadas con la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales, para preservar los vegetales o para la conservación de los recursos naturales situados dentro del territorio de la parte contratante⁴³, y concluyó que la política aplicada dentro de la jurisdicción a

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 2.12.

⁴² *Ibid.*, párrafo 2.15.

⁴³ *Ibid.*, párrafos 5.16-5.17, 5.32.

sus nacionales y a sus embarcaciones estaba comprendida entre las políticas comprendidas por los apartados b) y g) del artículo XX.⁴⁴

28. Sin embargo, el Grupo Especial constató que las medidas adoptadas para obligar a otros países a modificar sus políticas no podían considerarse "necesarias" para la protección de la vida y la salud de los animales en el sentido del apartado b) del artículo XX⁴⁵, o principalmente destinadas a la conservación de un recurso natural agotable, ni a hacer efectivas las restricciones a la producción o el consumo nacionales, en el sentido del apartado g) del artículo XX.⁴⁶ Respecto al apartado d) del artículo XX, el Grupo Especial constató que puesto que la prohibición aplicable al país *primario* era incompatible con el párrafo 1 del artículo XI, no podría servir de base para justificar la prohibición aplicable al país *intermediario*.⁴⁷

VI. ESTADOS UNIDOS - AUTOMÓVILES⁴⁸

A. PARTES

Reclamante: las Comunidades Europeas.

Demandado: Estados Unidos.

Terceros: Australia; Japón y Suecia.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 12 de marzo de 1993.

Establecimiento del Grupo Especial: 12 de mayo de 1993.

Composición del Grupo Especial: 2 de agosto de 1993.

Distribución del informe del Grupo Especial: 11 de octubre de 1994.

Informe del Grupo Especial no adoptado.

C. HECHOS PRINCIPALES

29. Tres medidas de los Estados Unidos referentes a los automóviles fueron objeto de examen: el impuesto de lujo sobre los automóviles ("el impuesto de lujo"), el impuesto sobre los automóviles de gran consumo de gasolina y la Ley del Ahorro Medio de Combustible por los Fabricantes ("CAFE").

30. El impuesto de lujo ascendía al 10 por ciento y se imponía sobre la primera venta al por menor de vehículos cuyo precio excediera de 30.000 dólares (los clientes pagaban este impuesto).⁴⁹

⁴⁴ *Ibid.*, párrafos 5.20, 5.33.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 5.39.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 5.27.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 5.41.

⁴⁸ *Estados Unidos - Impuestos sobre automóviles*, informe no adoptado y distribuido el 11 de octubre de 1984, DS31/R.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 2.2.

El impuesto sobre los automóviles de gran consumo de gasolina era un impuesto especial sobre la venta de automóviles pertenecientes a "tipos de modelos" cuyo rendimiento no se ajustase a determinadas prescripciones con respecto al consumo de combustible (el impuesto se percibe de los fabricantes).⁵⁰ La reglamentación CAFE exigía un nivel mínimo de rendimiento medio para los automóviles de turismo (o camiones ligeros) producidos en los Estados Unidos, o vendidos por un importador.⁵¹ En el caso de empresas en las que concurría la doble condición de importador y fabricante nacional, se calculaba separadamente el rendimiento medio de los automóviles de turismo importados y de los fabricados en el país.

31. Las Comunidades Europeas alegaban que la reglamentación tenía efectos desproporcionados sobre los automóviles procedentes de las CE y que el trato basado en los promedios por flotas era, por su propia naturaleza, discriminatorio, puesto que los importadores de automóviles de fabricantes especializados, que solían ser extranjeros, no podían compensar el rendimiento de los automóviles que no alcanzaban el nivel con el de los que lo superaban.⁵² Las Comunidades Europeas alegaron que estas medidas eran incompatibles con el artículo III y que no podían justificarse en virtud de los apartados g) o d) del artículo XX. Los Estados Unidos sostenían que estas medidas eran compatibles con el GATT. Sin embargo, los Estados Unidos consideraban que de los hechos se desprendería claramente que, en su calidad de elemento central de la política estadounidense de conservación de la energía, las medidas CAFE estaban también comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado g) del artículo XX.⁵³

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

32. El Grupo Especial constató que el impuesto de lujo y el impuesto sobre los automóviles de gran consumo de gasolina eran compatibles con el párrafo 2 del artículo III. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que la reglamentación CAFE era contraria al párrafo 4 del artículo III, porque el cómputo separado de la flota de automóviles extranjeros era discriminatorio para tales automóviles y el cómputo de los promedios por flotas distinguía entre automóviles importados y automóviles de fabricación nacional sobre la base de criterios tales como el control o la propiedad de los productores o los importadores (es decir basado en el origen), en lugar de sobre la base de criterios directamente relacionados con los productos en cuanto tales.

33. El Grupo Especial consideró que una política encaminada a la conservación de gasolina, que es un producto derivado del petróleo, un recurso natural agotable, pertenecía a la serie de políticas comprendidas en el apartado g) del artículo XX.⁵⁴ El Grupo Especial constató además que el cómputo separado de la flota de automóviles extranjeros no podía justificarse al amparo del apartado g) del artículo XX puesto que la medida no contribuía directamente al ahorro de combustible en los Estados Unidos; por lo tanto, una medida que no fomentara los objetivos de conservación de un recurso agotable no podía considerarse como medida destinada principalmente a tal conservación.⁵⁵ Además, el Grupo Especial constató que la reglamentación CAFE no podía justificarse al amparo del

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 2.5.

⁵¹ *Ibid.*, párrafos 2.15-2.16.

⁵² *Ibid.*, párrafo 5.41.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 3.315.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 5.57.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 5.61.

apartado d) del artículo XX puesto que la medida en la que se basaba (la prescripción CAFE) era incompatible con el GATT.⁵⁶

VII. ESTADOS UNIDOS - GASOLINA⁵⁷

A. PARTES

1. Grupo Especial

Reclamantes: Brasil y Venezuela.

Demandado: Estados Unidos.

Terceros: Australia, el Canadá; las Comunidades Europeas y Noruega.

2. Órgano de Apelación

Apelante: Estados Unidos.

Apelados: Brasil y Venezuela.

Terceros: las Comunidades Europeas y Noruega

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 25 de marzo de 1995.

Establecimiento del Grupo Especial: 10 de abril de 1995.

Composición del Grupo Especial: 28 de abril de 1995.

Distribución del informe del Grupo Especial: 29 de enero de 1996.

Anuncio de apelación: 21 de febrero de 1996.

Distribución del informe del Órgano de Apelación: 29 de abril de 1996.

Adopción: 20 de mayo de 1996.

C. HECHOS PRINCIPALES

34. Después de la modificación de la Ley de Protección de la Calidad del Aire en 1990, la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) estableció la Reglamentación sobre Gasolinas que trata de la composición y los efectos de las emisiones de las gasolinas, con el fin de disminuir la contaminación del aire en los Estados Unidos y garantizar que la contaminación procedente de la combustión de gasolina no excediera los niveles de 1990. Estas normas se establecieron para hacer frente a los daños causados por la contaminación y el ozono en las grandes ciudades de los Estados Unidos como consecuencia de, principalmente, los gases de escape de los automóviles.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 5.67.

⁵⁷ *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/R y WT/DS2/AB/R.

35. A partir del 1º de enero de 1995, en virtud de la Reglamentación sobre Gasolinas, sólo se permitía vender a los consumidores de las zonas más contaminadas del país una gasolina de una limpieza especificada ("gasolina reformulada"). En el resto del país, sólo se podía vender una gasolina no más contaminante que la vendida en el año de base de 1990 ("gasolina convencional").⁵⁸ La Reglamentación sobre Gasolinas se aplicaba a todos los refinadores, mezcladores o importadores de gasolina de los Estados Unidos.

36. La Reglamentación de la Agencia establecía dos grupos diferentes de niveles de emisiones de líneas de base.⁵⁹ En primer lugar, se obligaba a los refinadores estadounidenses que hubieran desarrollado sus actividades durante seis meses como mínimo en 1990 a establecer una "línea de base individual", que reflejara la cantidad de la gasolina producida por el refinador en cuestión en 1990. En segundo lugar, la Agencia estableció una "línea de base estatutaria", destinada a reflejar la calidad media de la gasolina estadounidense en 1990. La línea de base estatutaria se atribuyó a los refinadores que no hubiesen desarrollado sus actividades por lo menos seis meses en 1990 y a los importadores y mezcladores de gasolina. La línea de base estatutaria imponía una carga más estricta a los productores extranjeros de gasolina.

37. Venezuela y el Brasil alegaron que la Reglamentación sobre Gasolinas perjudicaba sus exportaciones a los Estados Unidos y favorecía a los productores nacionales. En consecuencia, la Reglamentación sobre Gasolinas era contraria al artículo III y al párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994, al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y no estaba amparada por el artículo XX.⁶⁰ Los Estados Unidos adujeron que la Reglamentación sobre Gasolinas estaba en conformidad con el artículo III y, en todo caso, podía justificarse en virtud de las excepciones previstas en los apartados b), g) y d) del artículo XX, y que la Reglamentación también era compatible con el Acuerdo OTC.⁶¹ Los Estados Unidos apelaron contra el informe del Grupo Especial pero limitaron su apelación a la interpretación dada por el Grupo Especial al artículo XX del GATT de 1994.

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

38. El Grupo Especial constató que la gasolina importada y la gasolina de producción nacional eran productos similares y que, dado que los métodos de establecimiento de líneas de base impedían de hecho que la gasolina importada se beneficiara de condiciones de venta tan favorables como las que ofrecía a la gasolina de origen nacional la utilización de una línea de base individual vinculada al productor, se daba a la gasolina importada un trato menos favorable que el concedido a la gasolina de origen nacional.⁶² Por consiguiente, la Reglamentación sobre Gasolinas era contraria al artículo III.

39. El Grupo Especial convino con las partes en que una política destinada a reducir la contaminación del aire resultante del consumo de gasolina era una política comprendida en el grupo de las políticas que tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, conforme al apartado b) del artículo XX.⁶³ Sin embargo, el Grupo Especial constató que los métodos de establecimiento de líneas de base no eran "necesarios"

⁵⁸ *Ibid.*, informe del Grupo Especial, párrafo 2.2.

⁵⁹ *Ibid.*, párrafos 2.6, 2.8.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafos 3.1-3.2.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 3.4.

⁶² *Ibid.*, párrafo 6.16.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 6.21.

en el sentido del apartado b) del artículo XX puesto que los Estados Unidos tenían razonablemente a su alcance otras medidas compatibles o menos incompatibles para los mismos objetivos de política general.⁶⁴ El Grupo Especial rechazó una justificación de la medida al amparo del apartado d) del artículo XX puesto que los métodos de establecimiento de líneas de base no eran un mecanismo de aplicación (para "lograr la observancia"), sino que simplemente eran reglas para determinar las líneas de base individuales.⁶⁵ Por último, el Grupo Especial consideró que una política destinada a reducir el agotamiento del aire puro era una política destinada a conservar un recurso natural en el sentido del apartado g) del artículo XX.⁶⁶ Sin embargo, el Grupo Especial constató que los métodos menos favorables de establecimiento de líneas de base que eran objeto de examen en el presente asunto no estaban destinados principalmente a la conservación de recursos naturales.⁶⁷ A la luz de estas constataciones, el Grupo Especial no consideró necesario determinar si la medida cumplía las condiciones establecidas en el preámbulo del artículo XX.⁶⁸ El Grupo Especial concluyó que la Reglamentación sobre Gasolinas no podía justificarse en virtud del apartado b), d) o g) del artículo XX. La constatación del Grupo Especial fue revocada en apelación.

40. El Órgano de Apelación sostuvo que el establecimiento de líneas de base previsto en la Reglamentación sobre las Gasolinas estaba comprendido en el apartado g) del artículo XX, pero no reunía los requisitos estipulados en el preámbulo del artículo XX. El Órgano de Apelación indicó que el preámbulo se refería no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente dicho, sino más bien a la manera en que la medida se aplica. Por consiguiente, el preámbulo se inspira en el principio de que mientras los Miembros tienen un *derecho legal* a invocar las excepciones del artículo XX, éstas no deben *aplicarse* de manera que lleve a un abuso o uso indebido.⁶⁹

41. El Órgano de Apelación concluyó que la aplicación de la reglamentación de los Estados Unidos equivalía a una discriminación injustificable y a una restricción encubierta al comercio a causa de dos omisiones de parte de los Estados Unidos.⁷⁰ En primer lugar, los Estados Unidos no habían explorado adecuadamente los medios, incluida en particular la cooperación con Venezuela y el Brasil, de paliar los problemas administrativos que hicieron que los Estados Unidos rechazaran las líneas de base individuales para los refinadores extranjeros. En segundo lugar, los Estados Unidos no tuvieron en cuenta los costos a que daría lugar para los refinadores extranjeros la imposición de líneas de base estatutarias.

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 6.28.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 6.33.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 6.37.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 6.40.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 6.41.

⁶⁹ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, *ISD 1996*, páginas 24 y 25.

⁷⁰ *Ibid.*, página 32.

VIII. ESTADOS UNIDOS - CAMARONES⁷¹

A. PARTES

1. Grupo Especial

Reclamantes: India; Malasia; el Pakistán y Tailandia.

Demandado: Estados Unidos.

Terceros: Australia; Colombia; Comunidades Europeas; Costa Rica; Ecuador; El Salvador; Filipinas; Guatemala; Hong Kong; Japón; México; Nigeria; Senegal; Singapur; Sri Lanka y Venezuela.

2. Órgano de Apelación

Apelante: Estados Unidos.

Apelados: India; Malasia; el Pakistán y Tailandia.

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

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 9 de enero de 1997 (Malasia y Tailandia); 30 de enero de 1997 (Pakistán) y 25 de febrero de 1997 (India).

Establecimiento del Grupo Especial: 25 de febrero de 1997 y 10 de abril de 1997 (para la India).

Composición del Grupo Especial: 15 de abril de 1997.

Distribución del informe del Grupo Especial: 15 de mayo de 1997.

Anuncio de apelación: 13 de julio de 1998.

Distribución del informe del Órgano de Apelación: 12 de octubre de 1998.

Adopción: 6 de noviembre de 1998.

C. HECHOS PRINCIPALES

42. Las tortugas marinas en cuestión se caracterizaban por ser especies altamente migratorias, que pasaban su vida en el mar, migrando entre las zonas en las que se alimentaban y las zonas en las que hacían sus nidos. Las tortugas marinas se han visto afectadas negativamente por la actividad humana, ya sea de forma directa (han sido explotadas por su carne, su concha y sus huevos), o de forma indirecta (capturas accidentales en actividades de pesca, destrucción de sus hábitat, contaminación de los océanos). En 1998 todas las especies de tortugas marinas estaban incluidas en el Apéndice I de la

⁷¹ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973 ("CITES").⁷²

43. En la Ley de los Estados Unidos de Especies Amenazadas de 1973 ("LEA") figuran como especies amenazadas o en peligro las cinco especies de tortugas marinas que viven en aguas estadounidenses y prohíbe su captura dentro de las aguas territoriales de los Estados Unidos y en alta mar. Con arreglo a la LEA, los Estados Unidos exigen que los barcos estadounidenses dedicados a la pesca de camarón con redes de arrastre usen en sus redes unos "dispositivos para excluir a las tortugas" (DET)⁷³ cuando pesquen en zonas en las que haya una probabilidad considerable de interceptar tortugas marinas.

44. El artículo 609 de la Public Law 101-162 (denominado en lo sucesivo "artículo 609"), promulgada en 1989 por los Estados Unidos, estaba destinado a, entre otras cosas, fomentar la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas. El artículo 609 prohibía la importación a los Estados Unidos de camarón capturado con tecnologías que podían afectar negativamente a determinadas tortugas marinas, salvo que se certificara que la nación en cuestión tenía un programa reglamentario y una tasa de capturas accidentales de tortugas comparables a la de los Estados Unidos, o bien que las condiciones concretas de pesca en esa nación no planteaban una amenaza para las tortugas marinas.⁷⁴ En la práctica, los países que tenían cualquiera de las cinco especies de tortugas marinas bajo su jurisdicción y que pescaban camarones con medios mecánicos debían imponer a sus pescadores requisitos comparables a los de los camareros de los Estados Unidos, fundamentalmente la utilización de DET en todo momento, si deseaban recibir un certificado y exportar productos del camarón a los Estados Unidos. En 1991, 1993 y 1996 los Estados Unidos publicaron unas directrices reguladoras para la aplicación del artículo 609 detallando cómo determinar la compatibilidad de los regímenes reglamentarios extranjeros con el régimen estadounidense, así como los criterios utilizados para la certificación. Los Estados Unidos efectivamente prohibieron las importaciones de camarón procedentes de países que carecieran de un certificado que demostrara la adopción de políticas comparables de conservación de tortugas marinas en peligro, o procedentes de barcos camareros no equipados con DET.

45. Los reclamantes alegaron que la prohibición de la importación de camarón y productos del camarón era incompatible con el párrafo 1 del artículo XI⁷⁵, con el párrafo 1 del artículo I⁷⁶, y con el párrafo 1 del artículo XIII puesto que restringía las importaciones de camarón y sus productos procedentes de los países que no habían sido certificados, mientras que los productos similares procedentes de otros países que habían sido certificados podían ser importados libremente a los Estados Unidos.⁷⁷ Los Estados Unidos alegaron que las medidas objeto de la diferencia estaban amparadas por los apartados b) y g) del artículo XX puesto que estas disposiciones no contenían limitaciones con respecto a la jurisdicción ni con respecto al lugar donde se encontraban los animales o los recursos naturales que habían de ser protegidos y conservados.⁷⁸ Los reclamantes, por el

⁷² *Ibid.*, informe del Grupo Especial, párrafo 2.3.

⁷³ Un DET es un filtro que se instala en la boca del copo de la red de arrastre y que permite que los camarones pasen al fondo del copo o bolsa de la red mientras que expulsa de la red a las tortugas marinas y otros objetos voluminosos que haya capturado involuntariamente.

⁷⁴ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Grupo Especial, párrafo 2.7.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 7.11.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 7.18.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 7.20.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 7.24.

contrario, aducían que los apartados b) y g) del artículo XX no podían invocarse para justificar una medida aplicada a animales que se encontraban fuera de la jurisdicción del Miembro que aplica la medida.

46. En la apelación, los Estados Unidos plantearon, entre otras cuestiones, si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida en cuestión constituía una discriminación injustificable entre países donde prevalecían las mismas condiciones y que, por consiguiente, no estaba comprendida entre las medidas autorizadas en virtud del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁹

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

47. El Grupo Especial declaró que era igualmente apropiado analizar en primer lugar la disposición introductoria del artículo XX y sólo después las prescripciones concretas contenidas en los párrafos.⁸⁰ El Órgano de Apelación rechazó esta resolución. El Órgano de Apelación indicó que los pasos seguidos en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* (en primer lugar, el carácter de la medida comprendida en el apartado g) del artículo XX; en segundo lugar, una nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX) reflejaba no una inadvertencia o una elección aleatoria, sino más bien la estructura y la lógica fundamental del artículo XX.⁸¹

48. El Grupo Especial constató que la prohibición impuesta por los Estados Unidos era incompatible con el artículo XI.⁸² Concluyó que la prohibición estadounidense no podía estar justificada al amparo del artículo XX puesto que constituía una discriminación "injustificable" entre los países en que prevalecen las mismas condiciones y por lo tanto no estaba comprendida entre las medidas autorizadas en virtud del artículo XX.⁸³ El Grupo Especial adujo que el permitir tal prohibición menoscabaría la autonomía de los Miembros para determinar sus propias políticas.⁸⁴ Puesto que el Grupo Especial constató que la medida en cuestión adoptada por los Estados Unidos no estaba comprendida entre las medidas permitidas en virtud del preámbulo del artículo XX, no consideró necesario examinar si la medida de los Estados Unidos estaba comprendida en los términos de los apartados b) y g) del artículo XX.⁸⁵

49. El Órgano de Apelación declaró además que la medida en cuestión reunía las condiciones para una justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX, pero no cumplía los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no estaba justificada en virtud del artículo XX. El Órgano de Apelación concluyó que las tortugas marinas del presente caso constituían "recursos naturales agotables" a los efectos del apartado g) del artículo XX⁸⁶, y que el artículo 609 era una medida "relativa a" la conservación de un recurso natural agotable.⁸⁷

⁷⁹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 98.

⁸⁰ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Grupo Especial, párrafo 7.28.

⁸¹ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 119.

⁸² *Estados Unidos - Camarones*, informe del Grupo Especial, párrafo 7.17.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 7.49.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 7.51.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafos 7.62-63.

⁸⁶ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 134.

⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 142.

Sin embargo, el Órgano de Apelación declaró que, respecto al preámbulo, la discriminación no solamente tenía lugar cuando países en los que prevalecen las mismas condiciones recibían un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida en cuestión no permitía ninguna investigación para determinar si el programa reglamentario era apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países exportadores.⁸⁸ Por ello, también se tuvo en cuenta que los Estados Unidos no emprendieron 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 unilateralmente la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos Miembros.⁸⁹

IX. COMUNIDADES EUROPEAS - AMIANTO⁹⁰

A. PARTES

1. Grupo Especial

Reclamante: Canadá.

Demandado: Comunidades Europeas.

Terceros: Brasil, Estados Unidos y Zimbabwe.

2. Órgano de Apelación

Apelante y Apelado: Canadá.

Apelante y Apelado: Comunidades Europeas.

Terceros participantes: Brasil y Estados Unidos.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 8 de octubre de 1998.

Establecimiento del Grupo Especial: 25 de noviembre de 1998.

Composición del Grupo Especial: 29 de marzo de 1999.

Distribución del informe del Grupo Especial: 18 de septiembre de 2000.

Anuncio de apelación: 23 de octubre de 2000.

Distribución del informe del Órgano de Apelación: 12 de marzo de 2001.

Adopción: 5 de abril de 2001.

⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 165.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 166.

⁹⁰ *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial, adoptado el 5 de abril de 2001, WT/DS135.

C. HECHOS PRINCIPALES

50. El amianto de crisotilo se considera generalmente como un material altamente tóxico; la exposición al amianto presenta una importante amenaza a la salud humana, como el riesgo de asbestosis, cáncer de pulmón o de mesotelioma.⁹¹ Sin embargo, debido a sus cualidades particulares (por ejemplo, la resistencia a temperaturas muy elevadas y a diversas agresiones químicas), las fibras de amianto han sido ampliamente utilizadas en la industria y en otras aplicaciones comerciales.⁹²

51. Teniendo en cuenta esas circunstancias, el Gobierno francés, que anteriormente había importado grandes cantidades de amianto de crisotilo, adoptó un Decreto que preveía la prohibición de las fibras de amianto y de los productos que contienen fibras de amianto. El Decreto también preveía limitadas excepciones concretas a la prohibición de fibras de amianto de crisotilo (denominado también amianto blanco):

"I. A título excepcional y temporal, las prohibiciones establecidas en el artículo 1 no se aplicarán a determinados materiales, productos o dispositivos existentes que contienen fibra de crisotilo cuando no haya, para desempeñar una función equivalente, ningún sustituto de esa fibra que:

- por una parte, represente para la salud del trabajador que utiliza esos materiales, productos o dispositivos, según el estado actual de los conocimientos científicos, un riesgo inferior al que representa la fibra de crisotilo;
- por otra parte, proporcione todas las garantías técnicas de seguridad correspondientes a la finalidad del uso (...)."⁹³

52. Las Comunidades Europeas sostuvieron que el Decreto, al prohibir la comercialización y la autorización del amianto y de los productos que lo contienen, trataba de frenar la propagación de los riesgos causados por este material, en particular para las personas expuestas a él ocasionalmente, y muy a menudo inconscientemente, al manejar productos que contienen amianto.⁹⁴ De este modo Francia estimaba que podía reducir el número de fallecimientos causados por la exposición de las fibras de amianto entre la población francesa, sea por asbestosis, por cáncer de pulmón o por mesotelioma.

53. El Canadá es el segundo productor y el primer exportador de crisotilo.⁹⁵ El Canadá no discutía si el amianto de crisotilo provocaba cáncer de pulmón, pero distinguió, entre otros, entre fibras de crisotilo y crisotilo encapsulado en una matriz de cemento. El Canadá impugnó el Decreto puesto que prohibía, entre otros, el uso de los productos de cemento de crisotilo. El Canadá alegó que el Decreto alteraba las condiciones de competencia entre, de un lado, las fibras de sustitutivos de origen francés y, por otro, las fibras de crisotilo del Canadá. En consecuencia, el Decreto imponía un trato menos favorable al amianto importado comparado con el trato dado al sustituto nacional del amianto. Sin embargo, las Comunidades Europeas afirmaron que aún existía un riesgo de

⁹¹ EC - Amianto, informe del Grupo Especial, párrafo 3.66.

⁹² Ibid., párrafo 2.2.

⁹³ Decreto N° 96-1133 de 24 de diciembre de 1996 relativo a la prohibición del amianto, adoptado en aplicación del Código de Trabajo y del Código del Consumo, *Journal Officiel* de 26 de diciembre de 1996. Reproducido en el anexo I del informe del Grupo Especial del asunto CE - Amianto.

⁹⁴ CE - Amianto, informe del Grupo Especial, párrafo 8.185.

⁹⁵ Ibid., párrafo 3.20.

contaminación accidental, especialmente en el caso de los aficionados al bricolaje o los profesionales que sólo trabajaban ocasionalmente en un ambiente donde había amianto. Los datos proporcionados al Grupo Especial demostraban que tal exposición podía superar los valores límites reglamentarios cuando se aplicaba la norma ISO 7337⁹⁶, que ya eran más elevados que los de la OMS o los que regían en Francia antes de la prohibición.⁹⁷

54. El Canadá alegó que el Decreto violaba el párrafo 4 del artículo III y el artículo XI del GATT de 1994 y los párrafos 1, 2, 4 y 8 del artículo 2 del Acuerdo sobre OTC, y que también anulaba o menoscababa ventajas previstas en el párrafo 1 b) del artículo XXIII. Las Comunidades Europeas alegaron que el Decreto no estaba comprendido en el Acuerdo sobre OTC. Respecto al GATT de 1994, las Comunidades Europeas solicitaron al Grupo Especial la confirmación de que el Decreto era o compatible con el párrafo 4 del artículo III o necesario para proteger la salud humana en el sentido del apartado b) del artículo XX.

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

55. El Grupo Especial constató que los productos de fibra de crisotilo y los productos de fibrocemento eran productos similares en el sentido del párrafo 4 del artículo III. El Grupo Especial además constató que las disposiciones del Decreto relativas a la prohibición de comercializar fibras de crisotilo y productos de cemento de crisotilo infringían el párrafo 4 del artículo III. Sin embargo, el Grupo Especial decidió que la infracción al párrafo 4 del artículo III estaba justificada en virtud del apartado b) del artículo XX y que la medida no era contraria al preámbulo del artículo XX.⁹⁸

56. El Grupo Especial indicó que los expertos consultados confirmaron los riesgos para la salud resultantes de la exposición al amianto de crisotilo en sus diversas utilidades y, por consiguiente, que una prohibición del amianto de crisotilo pertenecía al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas (apartado b) del artículo XX).⁹⁹ El Grupo Especial también constató que no había una medida alternativa que estuviera razonablemente al alcance de las Comunidades Europeas (por ejemplo, el uso controlado de los productos de amianto como sugirió el Canadá).¹⁰⁰ En lo referente al preámbulo del artículo XX, el Grupo Especial constató que la aplicación del Decreto no constituía una discriminación arbitraria o injustificable¹⁰¹, y que el examen del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora del Decreto no nos podía llevar a la conclusión de que el Decreto tuviera objetivos proteccionistas.¹⁰²

57. En apelación, el Canadá discutía dos aspectos de las constataciones del Grupo Especial: la cuestión de si el uso de productos de cemento de crisotilo creaba un riesgo para la salud humana y si la medida en cuestión era "necesaria" para proteger la salud y la vida de las personas.¹⁰³ El Órgano de Apelación confirmó ambas constataciones. Reafirmó el margen de discrecionalidad del que

⁹⁶ Véase Organización Internacional de Normalización, ISO 7337 (1984).

⁹⁷ *CE - Amianto*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.191.

⁹⁸ *Ibid.*, párrafos 8.240-241.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 8.194.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 8.221.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 8.230.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 8.238.

¹⁰³ *CE - Amianto*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 155.

gozaba el Grupo Especial para apreciar el valor de las pruebas y el peso que había de asignar a las mismas¹⁰⁴, y constató que el Grupo Especial permaneció claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales al considerar que los productos de cemento de crisotilo creaban un riesgo para la vida o la salud de las personas.¹⁰⁵

58. El Órgano de Apelación también rechazó los argumentos del Canadá contra la necesidad de la medida. Declaró que los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiado para una situación dada.¹⁰⁶ A fin de evaluar si la medida era necesaria, el Órgano de Apelación examinó, entre otras cosas, si un Miembro tenía razonablemente a su alcance una medida alternativa compatible con el GATT de 1994, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos. El Órgano de Apelación indicó que un aspecto del proceso de sopesar y confrontar comprendido en la determinación de si el Miembro interesado tiene razonablemente a su alcance otra medida posible que sea compatible con la OMC es el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido. Además, el Órgano de Apelación indicó que cuanto más vitales o importantes sean los objetivos perseguidos por la política, más fácil será probar que la medida era necesaria para cumplir los objetivos de la política.¹⁰⁷ En este asunto, el objetivo perseguido (la salud) se caracterizaba por ser "vital y de la máxima importancia".¹⁰⁸ Por consiguiente constató que la eficacia de la alternativa propuesta por el Canadá (el uso controlado) era particularmente dudosa en algunas situaciones y que no permitiría a Francia lograr el nivel de protección sanitaria que había elegido.¹⁰⁹

X. ESTADOS UNIDOS - CAMARONES (PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21)¹¹⁰

A. PARTES

1. Grupo Especial

Reclamante: Malasia

Demandado: Estados Unidos.

Terceros: Australia; Canadá; Comunidades Europeas; Ecuador; Hong Kong, China; India; Japón; México; el Pakistán y Tailandia.

2. Órgano de Apelación

Apelante: Malasia.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 161.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 162.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 168.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 172.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 174.

¹¹⁰ *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por Malasia*, informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial, adoptado el 21 de noviembre de 2001, WT/DS58/AB/RW.

Apelado: Estados Unidos.

Terceros participantes: Australia; Comunidades Europeas; Hong Kong, China; India; Japón; México y Tailandia.

B. MARCO CRONOLÓGICO DE LA DIFERENCIA

Solicitud de establecimiento del Grupo Especial: 12 de octubre de 2000.

Establecimiento del Grupo Especial: 23 de octubre de 2000.

Composición del Grupo Especial: 23 de octubre de 2000.

Distribución del informe del Grupo Especial: 15 de junio de 2001.

Anuncio de apelación: 23 de julio de 2001.

Distribución del informe del Órgano de Apelación: 22 de octubre de 2001.

Adopción del informe del Grupo Especial: 21 de octubre de 2001.

C. HECHOS PRINCIPALES

59. Conforme al párrafo 5 del artículo 21 del ESD¹¹¹, Malasia solicitó que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) remitiera a un grupo especial su reclamación respecto a si los Estados Unidos habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, adoptado el 6 de noviembre de 1998 (véase más arriba la Parte VIII). El OSD remitió el asunto al Grupo Especial que entendió inicialmente en el mismo.

60. A fin de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos publicaron las Directrices Revisadas para la aplicación del artículo 609 de la Ley Pública 101-162 para la protección de las tortugas en las operaciones de pesca de camarón con redes de arrastre (las "Directrices Revisadas").¹¹² Estas Directrices Revisadas sustituyeron a las directrices publicadas en abril de 1996, que eran parte de la medida inicial en cuestión. Las Directrices Revisadas exponen los criterios aplicables para la certificación.

61. Malasia alegó que el artículo 609, como se aplicaba en ese momento, continuaba infringiendo el párrafo 1 del artículo XI y que los Estados Unidos no estaban autorizados a imponer ninguna prohibición al no existir un acuerdo internacional que les permita hacerlo. Los Estados Unidos no sostenían que la medida de aplicación fuera compatible con el párrafo 1 del artículo XI sino que estaba justificada al amparo del apartado g) del artículo XX. Los Estados Unidos alegaban que las

¹¹¹ El párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece lo siguiente: "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo."

¹¹² *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21)*, informe del Grupo Especial, párrafo 2.22.

Directrices Revisadas respondían a su obligación de subsanar todas las incompatibilidades identificadas por el Órgano de Apelación con respecto al preámbulo del artículo XX.¹¹³

D. RESUMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX

62. El Grupo Especial debía examinar la compatibilidad de la medida de aplicación con el apartado g) del artículo XX. Indicó que en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación concluyó que el artículo 609 estaba provisionalmente justificado al amparo del apartado g) del artículo XX. Por consiguiente, puesto que la medida de aplicación sometida al Grupo Especial era idéntica a la medida examinada por el Órgano de Apelación en relación con el apartado g), el Grupo Especial concluyó que la medida de aplicación estaba provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX.¹¹⁴

63. El Grupo Especial entonces recordó la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* respecto a la naturaleza del preámbulo del artículo XX:

"la tarea de interpretar y aplicar el preámbulo (...) equivale esencialmente 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 (...) del GATT de 1994".¹¹⁵

64. El Grupo Especial concluyó que el reconocimiento de que la protección de las especies migratorias se alcanzaba mejor mediante la cooperación internacional desplazaba considerablemente la línea de equilibrio hacia una solución bilateral o multilateralmente negociada, lo que hace que el recurso a las medidas unilaterales sea menos aceptable.¹¹⁶ Sobre esta base, el Grupo Especial procedió a determinar si la línea de equilibrio en la esfera de la conservación y protección de las tortugas marinas requería la concertación de un acuerdo internacional o sólo de esfuerzos encaminados a negociar. Concluyó que la obligación de los Estados Unidos era una obligación de negociar, en oposición a una obligación de alcanzar un acuerdo internacional.¹¹⁷ También concluyó el Grupo Especial que los Estados Unidos realizaron esfuerzos serios y de buena fe para negociar un acuerdo internacional.

65. En apelación, Malasia alegó que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la nueva medida en cuestión se aplicaba de tal manera que ya no constituía un medio de "discriminación arbitraria o injustificable" en virtud del artículo XX. Malasia primero afirmó que los Estados Unidos deberían haber *negociado y concertado* un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de tortugas marinas antes de imponer una prohibición de las importaciones. El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial y rechazó la tesis de Malasia de que para evitar "la discriminación arbitraria e injustificable" en el sentido del preámbulo del artículo XX era necesaria la *conclusión* de un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas.¹¹⁸ Malasia también alegó que la medida en cuestión daba lugar a "una discriminación arbitraria o

¹¹³ *Ibid.* párrafo 5.24.

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafos 5.39-5.42.

¹¹⁵ *Estados Unidos - Camarones*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 159.

¹¹⁶ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Grupo Especial, párrafo 5.59.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrafo 5.67.

¹¹⁸ *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21), informe del Órgano de Apelación, párrafo 134.

injustificable" debido a la falta de flexibilidad de la medida estadounidense. El Órgano de Apelación confirmó de nuevo la constatación del Grupo Especial y estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en el razonamiento que la supeditación del acceso al mercado a la adopción de un programa *comparable en eficacia* permitía un grado de flexibilidad suficiente en la aplicación de la medida para evitar una "discriminación arbitraria o injustificable".¹¹⁹

¹¹⁹ *Ibid.*, párrafo 144.