

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

Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21

Informe del Grupo Especial

El informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, se distribuye a todos los Miembros de conformidad con lo dispuesto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El informe es objeto de distribución general a partir del 15 de junio de 2001 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial, que la apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y que no habrá comunicaciones *ex parte* con el Grupo Especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del Grupo Especial o del Órgano de Apelación.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. MANDATO	2
B. COMPOSICIÓN DEL GRUPO ESPECIAL	2
II. ELEMENTOS DE HECHO	2
A. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA	2
B. HISTORIA DEL ASUNTO	4
1. Artículo 609: las Directrices de 1996	4
2. Actuaciones del Grupo Especial	6
C. PLAZO PRUDENCIAL.....	8
D. APLICACIÓN.....	8
1. Artículo 609: las Directrices Revisadas de 1999	8
III. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	11
A. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO	11
1. Mandato	11
2. Comunicaciones de organizaciones no gubernamentales	12
3. Carga de la prueba	15
B. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO XI.....	17
C. JUSTIFICACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO XX.....	18
1. Observaciones generales	18
2. Apartado g) del artículo XX	19
3. Preámbulo	21
a) Cuestiones generales relativas al cumplimiento	21
b) Discriminación injustificable	24
i) <i>Evaluación acumulativa de los aspectos que se ha constatado que</i> <i>entrañan una discriminación injustificable</i>	24
ii) <i>Los intentos de negociar y la cuestión de si un Miembro de la</i> <i>OMC está o no obligado a conseguir o tratar de conseguir un</i> <i>consenso internacional</i>	25
a) <i>Intentos de negociar</i>	25
b) <i>La cuestión de si un Miembro de la OMC está obligado o no a</i> <i>conseguir o tratar de conseguir un consenso internacional</i> <i>antes de recurrir a la medida en litigio</i>	32
iii) <i>Otros aspectos</i>	37
a) <i>Examen de la situación de los países exportadores en las</i> <i>Diretrizes Revisadas</i>	37

	<i>b) Resolución del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos</i>	44
	<i>c) Asistencia técnica</i>	46
	<i>d) Período de Introducción gradual</i>	49
	c) Discriminación arbitraria	49
	<i>a) Falta de flexibilidad</i>	49
	<i>b) Debidas garantías de procedimiento</i>	52
	d) Restricción encubierta al comercio internacional	54
IV.	RESUMEN DE LAS COMUNICACIONES DE TERCEROS	55
	1. Australia	55
	2. Ecuador	59
	3. Comunidades Europeas	60
	4. Hong Kong, China	65
	5. India	66
	6. Japón	66
	7. México	68
	8. Tailandia	72
V.	CONSTATAIONES	76
	A. ENFOQUE GENERAL DE LAS CUESTIONES QUE TIENE ANTE SÍ EL GRUPO ESPECIAL.....	76
	B. CUESTIONES PRELIMINARES	78
	1. Mandato del Grupo Especial	78
	2. Fecha respecto de la cual el Grupo Especial debe evaluar los hechos	80
	3. Admisibilidad de comunicaciones de organizaciones no gubernamentales	81
	4. Carga de la prueba	82
	C. VIOLACIÓN DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XI DEL GATT DE 1994	83
	D. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994	83
	1. Observaciones preliminares	83
	2. Compatibilidad de la medida de aplicación con el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994	85
	3. Discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones: la cuestión de las negociaciones internacionales	88
	a) Alcance de la obligación estadounidense de negociar y/o alcanzar un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas	88
	i) <i>Uso abusivo o indebido de los derechos previstos en el artículo XX como criterio para determinar el alcance de una obligación de negociar y/o concertar un acuerdo internacional</i>	88

ii)	<i>Obligación de negociar u obligación de alcanzar un acuerdo internacional</i>	93
iii)	<i>La Convención Interamericana como referencia de la realización de esfuerzos serios y de buena fe en el caso presente</i>	95
iv)	<i>Conclusión.....</i>	97
b)	<i>Evaluación de la compatibilidad de la medida de aplicación.....</i>	98
i)	<i>Esfuerzos serios y de buena fe al vencimiento del plazo prudencial.....</i>	98
ii)	<i>Esfuerzos serios y de buena fe a la fecha en que el asunto fue sometido a este Grupo Especial</i>	99
c)	<i>Conclusión</i>	100
4.	Otras prescripciones relativas a la discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones	101
a)	<i>Alegaciones relativas a las constataciones de "discriminación injustificable" en el informe del Órgano de Apelación.....</i>	101
i)	<i>Introducción</i>	101
ii)	<i>Flexibilidad insuficiente de las Directrices de 1996, en particular la falta de consideración de las diferentes condiciones que pueden existir en los territorios de los países exportadores.....</i>	101
iii)	<i>La prohibición de la importación de camarones capturados en países que no disponen de certificación, incluso cuando el camarón ha sido capturado mediante la utilización de DET.....</i>	106
iv)	<i>Plazo para la adaptación gradual.....</i>	108
v)	<i>Transferencia de tecnología.....</i>	110
b)	<i>Alegaciones relativas a la "discriminación arbitraria"</i>	111
i)	<i>Falta de flexibilidad</i>	111
ii)	<i>Debidas garantías procesales</i>	112
c)	<i>Conclusión</i>	114
5.	Restricción encubierta al comercio internacional.....	115
VI.	CONCLUSIONES	116
VII.	OBSERVACIONES FINALES.....	117
ANEXO:	DIRECTRICES REVISADAS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 609, 8 DE JULIO DE 1999	118

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 6 de noviembre de 1998, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (WT/DS58/AB/R) y el informe del Grupo Especial (WT/DS58/R), modificado por el informe del Órgano de Apelación, en los que se pedía que los Estados Unidos pusieran la medida declarada incompatible con el artículo XI del GATT de 1994, y declarada no justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994, en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de dicho Acuerdo.

1.2 El 21 de enero de 1999, los Estados Unidos y las demás partes en la diferencia convinieron en que 13 meses era un plazo prudencial para que los Estados Unidos cumplieran las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹

1.3 Por comunicación de fecha 12 de enero de 2000, Malasia y los Estados Unidos informaron al OSD del entendimiento al que habían llegado Malasia y los Estados Unidos en lo que se refería a la posibilidad de iniciar acciones de conformidad con los artículos 21 y 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) en relación con la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en este asunto. Esa comunicación confirma el entendimiento a que habían llegado Malasia y los Estados Unidos, en virtud de un canje de notas de fecha 22 de diciembre de 1999, en virtud del cual acordaron que si, en el futuro, Malasia decidiera iniciar acciones de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y con el artículo 22 del ESD, Malasia iniciaría las acciones en el marco del párrafo 5 del artículo 21 con anterioridad a cualquier acción basada en el artículo 22; con tal fin, Malasia daría a los Estados Unidos un aviso previo de cualquier propuesta de iniciar acciones en el marco del párrafo 5 del artículo 21 y consultaría con los Estados Unidos antes de pedir el establecimiento de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21.²

1.4 El 12 de octubre de 2000, Malasia pidió al OSD, conforme al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que estableciera un grupo especial que constataste que "los Estados Unidos, al no suprimir la prohibición de las importaciones ni adoptar las medidas necesarias para permitir la importación, sin restricciones, de determinados camarones y productos del camarón, han incumplido las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de 6 de noviembre de 1998". Malasia solicitó además que "el Grupo Especial proponga que los Estados Unidos supriman inmediatamente la prohibición de las importaciones y permitan la importación sin restricciones de determinados camarones y productos del camarón, con el fin de cumplir las mencionadas recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias".³

1.5 En su reunión del 23 de octubre de 2000, el OSD decidió, con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, remitir al Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto la cuestión planteada por Malasia en el documento WT/DS58/17. Australia; el Canadá; las Comunidades Europeas; el Ecuador; la India; el Japón; México; el Pakistán; Tailandia y Hong Kong, China, se reservaron sus derechos como terceros.

¹ WT/DS58/15, 15 de julio de 1999.

² WT/DS58/16, 12 de enero de 2000.

³ WT/DS58/17, 13 de octubre de 2000.

A. MANDATO

1.6 En la reunión celebrada por el OSD el 23 de octubre de 2000, se acordó que el Grupo Especial tuviera el siguiente mandato uniforme:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por Malasia en el documento WT/DS58/17, el asunto sometido al OSD por Malasia en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."⁴

B. COMPOSICIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

1.7 El Grupo Especial se estableció con la siguiente composición, idéntica a la del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto:

Presidente: Sr. Michael Cartland

Miembros: Sr. Carlos Márcio Cozendey
Sr. Kilian Delbrück

1.8 El Grupo Especial se reunió con las partes el 23 de enero de 2001 y con las partes y los terceros el 24 de enero de 2001. Por comunicación de fecha 15 de febrero de 2001, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD de que el Grupo Especial no podría presentar su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le había sometido el asunto. Las razones de esa demora se exponen en el documento WT/DS58/19. El Grupo Especial presentó su informe a las partes el 16 de mayo de 2001⁵ y distribuyó el informe a los Miembros el 15 de junio de 2001.

II. ELEMENTOS DE HECHO

A. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA

2.1 Como se explicó durante las consultas del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto con los expertos científicos⁶, se considera que, a causa de las actividades del hombre, la mayoría de las poblaciones de tortugas marinas están amenazadas o se encuentran en peligro, bien directamente (las tortugas marinas vienen siendo explotadas por su carne, su concha y sus huevos), bien indirectamente (capturas accidentales en actividades de pesca, destrucción de sus hábitat y contaminación de los océanos). Se han identificado siete especies de tortugas marinas⁷ que están distribuidas principalmente en las zonas subtropicales o tropicales del mundo. Las tortugas marinas

⁴ WT/DS58/18, 8 de noviembre de 2000.

⁵ Se acordó entre las partes que el Grupo Especial no emitiría un informe provisional.

⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/R, ("informe del Grupo Especial"), párrafos 5.1 a 5.312 y Anexo IV, Transcripción de la reunión con los expertos. En sus consultas con los expertos científicos, el Grupo Especial centró sus preguntas en dos esferas principales: i) los criterios relativos a la conservación de las tortugas marinas teniendo en cuenta las condiciones locales, y ii) los hábitat y las pautas migratorias de las tortugas marinas.

⁷ La tortuga verde (*Chelonia mydas*), la tortuga boba o caguama (*Caretta caretta*), la tortuga kikila o franca oriental (*Natator depressus*), la tortuga carey (*Eretmochelys imbricata*), la tortuga laúd o de cuero (*Dermochelys coriacea*), la tortuga golfina olivácea (*Lepidochelys olivacea*) y la tortuga lora o cotorra (*Lepidochelys kempi*).

son animales muy migratorios, que utilizan solamente durante parte del año o de sus ciclos biológicos los recursos disponibles en diferentes partes del mundo. Las tortugas marinas migran entre las zonas en las que se alimentan y las zonas en las que hacen sus nidos, pero vienen a tierra para poner sus huevos. Tras aproximadamente dos o tres meses de incubación, las crías de las tortugas marinas salen de los nidos y se dirigen al mar. El porcentaje de supervivencia de las crías es bajo, y pocas llegan a la edad de la reproducción (de 10 a 50 años, según la especie). Como lo confirmaron los expertos científicos, las tortugas marinas, en el curso de su vida, migran por diversos hábitat y cruzan los límites de las jurisdicciones nacionales.

2.2 En la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) se reconoce que las siete especies de tortugas marinas están amenazadas de extinción, y se enumeran esas especies en su apéndice I.⁸ Todas las especies, salvo la tortuga kikila australiana, están incluidas en los apéndices I y II de la Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres de 1979 (CEM o Convención de Bonn).⁹ Esas especies están incluidas también en la Lista Roja de especies amenazadas de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) correspondiente al año 2000.¹⁰

2.3 La protección y conservación de las tortugas marinas amenazadas, dado el carácter sumamente migratorio de éstas, requiere una acción concertada de todos los Estados en cuyos territorios pasan cualquier parte de su ciclo biológico tales especies. Entre 1993 y 1996 se negoció con los países de la región del Caribe y del Atlántico Occidental una Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas.¹¹ La Convención Interamericana entró en vigor el 2 de mayo de 2001, 90 días después de haberse depositado en poder del Gobierno de Venezuela el octavo instrumento de ratificación.¹²

2.4 Entre las actividades de cooperación llevadas a cabo recientemente en la región del Sudeste de Asia figuran las siguientes: la adopción de la Declaración de Sabah en el 2º Simposio y Taller de la ASEAN sobre biología y conservación de las tortugas marinas, celebrado en Sabah (Malasia) en

⁸ La Convención fue adoptada el 3 de marzo de 1973 y entró en vigor el 1º de julio de 1975; al 15 de mayo de 2001 eran partes en ella 152 Estados. La CITES regula el comercio de especies en peligro definiendo las condiciones en que se pueden expedir permisos de importación y de exportación. Se establece una diferenciación de las condiciones con arreglo a un sistema de clasificación basado en tres apéndices de especies protegidas. El apéndice I incluye todas las especies amenazadas de extinción que son o pueden ser afectadas por el comercio. El comercio de esas especies está sometido a una estricta reglamentación por la que se requiere la obtención de licencias de importación y de exportación. Véase www.cites.org.

⁹ Esa Convención fue adoptada el 23 de junio de 1979 y entró en vigor el 1º de noviembre de 1983; eran partes en ella 74 Estados al 1º de marzo de 2001. Véase www.unep-wcmc.org/cms.

¹⁰ En el sistema de la Lista Roja se aplican criterios científicos para clasificar las especies en una de las ocho categorías siguientes: "Extinto", "Extinto en estado silvestre", "En peligro crítico", "En peligro", "Vulnerable", "Menor riesgo", "Datos insuficientes" y "No evaluado". Se clasifica como amenazada toda especie comprendida en las categorías "En peligro crítico", "En peligro" o "Vulnerable". Véase www.iucn.org/redlist/2000/species.html.

¹¹ Denominada en adelante, en el presente informe, la "Convención Interamericana". La Organización Latinoamericana de Desarrollo Pesquero (Oldepesca), organismo intergubernamental regional que se ocupa de las pesquerías, actúa como secretaría provisional de la Convención. Véase el texto de la Convención en www.seaturtle.org/iac/convention.shtml.

¹² Al 15 de mayo de 2001, eran partes en la Convención nueve Estados: el Brasil, Costa Rica, el Ecuador, Honduras, México, los Países Bajos, el Perú, Venezuela y los Estados Unidos.

julio de 1999¹³; una resolución sobre la elaboración de un Acuerdo Regional sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental, adoptada en un seminario celebrado en Perth (Australia) en octubre de 1999¹⁴; y la adopción, en una reunión intergubernamental de 24 Estados celebrada en Kuantan (Malasia) en julio de 2000, de un Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la Región del Océano Índico y el Asia Sudoriental.¹⁵ Ese Memorándum se concluyó en el marco de la Convención de Bonn sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres. Se llegó a un acuerdo en el sentido de ultimar un Plan de Conservación y Ordenación en la próxima reunión intergubernamental, cuya celebración está prevista para 2001, en cuyo momento se abrirá a la firma el Memorándum de Entendimiento.

B. HISTORIA DEL ASUNTO

1. Artículo 609: las Directrices de 1996

2.5 Según la Ley de Especies Amenazadas de los Estados Unidos (LEA) de 1973, se consideran especies en peligro o amenazadas todas las tortugas marinas que se encuentren en aguas de los Estados Unidos. En 1987, los Estados Unidos dictaron un reglamento en el marco de la LEA que exigió que todos los arrastreros de camarones de los Estados Unidos utilizaran dispositivos excluidores de tortugas ("DET") o aplicaran restricciones temporales en áreas específicas donde se producía una mortalidad significativa de tortugas marinas durante la pesca del camarón.¹⁶ Se considera que los DET, desarrollados durante los últimos dos decenios en las pesquerías de camarón del Sudeste de los Estados Unidos, son un medio eficaz para excluir las capturas realizadas involuntariamente durante la pesca de camarón con redes de arrastre. El Reglamento de 1987 entró plenamente en vigor en 1990 y fue modificado para exigir el empleo de DET en todo momento y en todas las zonas en las que la pesca de camarón con redes de arrastre interfiera de forma significativa con las tortugas marinas.

2.6 Como se señaló en el informe del Grupo Especial que había entendido inicialmente en este asunto, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*¹⁷, este asunto se refiere al artículo 609 de la *Public Law* 101-162 de los Estados Unidos, relativa a la protección de las tortugas marinas en el curso de las operaciones de pesca con redes de arrastre de camarón, promulgada en 1989 con arreglo a la LEA y a las medidas tomadas para su aplicación.¹⁸ En el artículo 609 se dispone que el Secretario de Estado de los Estados Unidos, en

¹³ Con inclusión de científicos interesados y de representantes de las regiones del Indo-Pacífico y del Océano Índico, incluyendo países miembros de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental. Véase www.arbec.com.my/turtle.htm.

¹⁴ Con la participación de Australia, Bangladesh, Camboya, las Comoras, los Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, la India, el Irán, Kenya, Madagascar, Malasia, Maldivas, Mauricio, Mozambique, Omán, el Pakistán, Reunión (Francia), Seychelles, Sri Lanka, Tailandia, Tanzania y Viet Nam.

¹⁵ Con la representación de Australia, Bangladesh, las Comoras, Egipto, los Emiratos Árabes Unidos, los Estados Unidos de América, Filipinas, Reunión (Francia), la India, Indonesia, Kenya, Malasia, Mauricio, Myanmar, Omán, el Pakistán, Papua Nueva Guinea, la República Islámica del Irán, la República Unida de Tanzania, Sri Lanka, Sudáfrica, Tailandia, Viet Nam y el Yemen. Véase www.unep-wcmc.org/cms.

¹⁶ Denominado en adelante "Reglamento de 1987" (*52 Federal Register* 24244, 29 de junio de 1987). Los DET son filtros que se instalan en el interior de las redes de arrastre y que permiten que las tortugas marinas y otros objetos voluminosos capturados involuntariamente puedan escapar.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.1 a 2.26.

¹⁸ Denominado en adelante, en el presente informe, "artículo 609", 16 United States Code (U.S.C.) 1537.

consulta con el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, en particular, inicie negociaciones a fin de elaborar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, en especial con los gobiernos de los países en los que se efectúan operaciones de pesca comercial que es probable que tengan efectos negativos sobre las tortugas marinas.

2.7 El artículo 609 dispone además que no se pueden importar en los Estados Unidos camarones que hayan sido pescados mediante tecnologías que puedan tener efectos negativos sobre determinadas especies de tortugas marinas protegidas por la legislación estadounidense, salvo que el Presidente certifique al Congreso anualmente: a) que la nación pesquera de que se trate tiene un programa reglamentario aplicable a la captura accidental de esas tortugas marinas en el curso de tales operaciones de pesca comparable al de los Estados Unidos y que la tasa media de capturas accidentales por los barcos de esa nación es comparable a la tasa media de capturas accidentales de tortugas marinas por los barcos estadounidenses en el curso de esa pesca, o b) que el entorno pesquero propio de la nación que efectúa la pesca no representa una amenaza de captura accidental de tortugas marinas en el curso de esa pesca.

2.8 Los Estados Unidos promulgaron, en 1991 y 1993, unas Directrices para la aplicación del artículo 609.¹⁹ Con arreglo a esas Directrices, el artículo 609 se aplicó solamente a los países de la Región del Caribe y del Atlántico Occidental. En septiembre de 1996, los Estados Unidos concertaron con varios países de esa región la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas. En diciembre de 1995, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("CIT") constató que las Directrices de 1991 y de 1993 eran incompatibles con el artículo 609 al limitar el ámbito geográfico de aplicación de ese artículo a la pesca de camarón en la región del Gran Caribe y del Atlántico Occidental. El CIT dio instrucciones al Departamento de Estado de los Estados Unidos para que prohibiera, a más tardar el 1º de mayo de 1996, la importación de camarones o de productos del camarón cuando la captura del camarón en libertad se hiciera con tecnología de pesca comercial que pudiera afectar negativamente a las especies de tortugas marinas cuya conservación es el objetivo de la reglamentación promulgada por el Secretario de Comercio.

2.9 En abril de 1996, el Departamento de Estado publicó unas Directrices Revisadas con el fin de dar cumplimiento a la orden del CIT de diciembre de 1995. Las nuevas Directrices ampliaban el ámbito del artículo 609 para incluir el camarón pescado en todos los países. El Departamento de Estado decidió además que, a partir del 1º de mayo de 1996, todas las expediciones de camarones y de productos del camarón a los Estados Unidos tenían que ir acompañadas de una declaración en el sentido de que los camarones en cuestión habían sido pescados en condiciones que no afectaban negativamente a las tortugas marinas o en aguas sometidas a la jurisdicción de una nación que actualmente dispusiera de un certificado expedido conforme al artículo 609 o de que los productos del camarón en cuestión habían sido obtenidos de camarones pescados en las mismas condiciones.²⁰

2.10 Las Directrices de 1996 establecen que por camarones pescados en condiciones que no afecten a las tortugas marinas o por productos obtenidos de camarones pescados en las mismas condiciones se entiende:

- a) los camarones procedentes de una instalación de acuicultura;
- b) los camarones pescados por barcos arrastreros comerciales que utilizan DET de una efectividad comparable a los obligatorios en los Estados Unidos;

¹⁹ Directrices a las que en adelante se denominará "Directrices de 1991" (56 *Federal Register* 1051, de 10 de enero de 1991) y "Directrices de 1993" (58 *Federal Register* 9015, de 18 de febrero de 1993).

²⁰ En adelante denominadas "Directrices de 1996" (61 *Federal Register* 17342, 19 de abril de 1996), artículo 609(b)(2).

- c) los camarones pescados exclusivamente con medios que no supongan la recogida de las redes de pesca por medios mecánicos o por barcos que utilicen un aparejo que, de conformidad con el régimen estadounidense, no obligue al uso de DET, y
- d) las especies de camarón, como la especie pandalid, pescadas en zonas en las que no viven tortugas marinas.²¹

2.11 Las Directrices de 1996 establecen que pueden concederse certificados antes del 1º de mayo de 1996, y posteriormente todos los años, a naciones pesqueras en las que no viven tortugas o que utilicen exclusivamente medios que no representen una amenaza para las tortugas marinas "sólo si el gobierno de [cada uno de esos países] ha presentado pruebas documentales de la adopción de un programa reglamentario que regula la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que sea comparable al de los Estados Unidos, y en caso de que la tasa media de capturas accidentales por barcos del país pesquero sea comparable a la tasa media de capturas accidentales de tortugas marinas por barcos de los Estados Unidos en el curso de la pesca a que se hace referencia". A los efectos de estos certificados, el programa reglamentario deberá incluir, entre otras cosas, la obligación de que todos los barcos dedicados a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que operen en aguas en las que exista la posibilidad de atrapar tortugas marinas utilicen DET en todo momento. Los DET habrán de tener una eficacia comparable a la de los utilizados en los Estados Unidos. Además, la tasa media de capturas accidentales se considerará comparable a la de los Estados Unidos si el país pesquero exige la utilización de DET en forma comparable a la prevista en el régimen estadounidense.

2. Actuaciones del Grupo Especial

2.12 Tras una solicitud conjunta de celebración de consultas presentada por la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia el 8 de octubre de 1996²², Malasia y Tailandia, por comunicación de fecha 9 de enero de 1997²³, y el Pakistán, por comunicación de fecha 30 de enero de 1997²⁴, solicitaron que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableciera un grupo especial para que examinase su reclamación relativa a la prohibición de importar ciertos camarones y sus productos establecida por los Estados Unidos en virtud del artículo 609 y de reglamentos y decisiones judiciales conexos. El 25 de febrero de 1997, el OSD estableció dos grupos especiales de conformidad con esas solicitudes y acordó que esos grupos especiales se fundiesen en un único Grupo Especial, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), con el mandato uniforme.²⁵

2.13 El 10 de abril de 1997, el OSD estableció otro grupo especial con el mandato uniforme de conformidad con la solicitud presentada por la India en una comunicación de fecha 25 de febrero de 1997²⁶, y acordó que ese tercer grupo especial se fundiese también con el anterior Grupo Especial establecido el 25 de febrero de 1997.²⁷ El informe preparado por el Grupo Especial nacido de esas

²¹ *Ibid.*, página 17343.

²² WT/DS58/1, de 14 de octubre de 1996.

²³ WT/DS58/6, de 10 de enero de 1997.

²⁴ WT/DS58/7, de 7 de febrero de 1997.

²⁵ WT/DSB/M/29, de 26 de marzo de 1997.

²⁶ WT/DS58/8, de 4 de marzo de 1997.

²⁷ WT/DSB/M/31, de 12 de mayo de 1997.

fusiones, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, se distribuyó a los Miembros de la OMC el 15 de mayo de 1998.²⁸

2.14 El 13 de julio de 1998, los Estados Unidos apelaron contra determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto.²⁹ El Órgano de Apelación presentó su informe el 12 de octubre de 1998.³⁰ En el informe del Órgano de Apelación se constató que la medida de los Estados Unidos en litigio, el artículo 609, 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, ya que se aplicaba de una manera que constituía una discriminación arbitraria e injustificable.

2.15 El 8 de octubre de 1996, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos resolvió que la prohibición aplicada a los camarones y sus productos en virtud del artículo 609 se aplicaba a todos los "camarones pescados en libertad por ciudadanos o barcos de países que no dispongan de un certificado o a los productos de camarones pescados en las mismas condiciones".³¹ El CIT constató que las directrices de 1996 eran contrarias al artículo 609, al permitir que se importara camarón de países sin certificado con un formulario de declaración para exportadores de camarón, siempre que se pescara con una tecnología de pesca comercial que no afectara negativamente a las tortugas marinas.

2.16 El 25 de noviembre de 1996, el CIT aclaró que se podía seguir importando camarón pescado con métodos manuales, que no causan daño a las tortugas marinas, mediante acuicultura y en aguas frías, incluso si el camarón procedía de países que no hubiesen obtenido un certificado.³²

2.17 El 4 de junio de 1998 el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos anuló la decisión del CIT de 8 de octubre de 1996 y 25 de noviembre de 1996. El 28 de agosto de 1998 el Departamento de Estado volvió a aplicar la política de permitir la importación de camarones capturados con DET en países que no habían obtenido el certificado previsto en el artículo 609.³³

2.18 El 19 de julio de 2000, el CIT publicó una decisión en la que constataba que la política seguida en aquel momento por el Departamento de Estado en el sentido de autorizar a que se importasen en los Estados Unidos camarones capturados con DET, procedente de países que formalmente no disponían de un certificado expedido de conformidad con el artículo 609 infringía a primera vista esa disposición legislativa.³⁴ No obstante, en su decisión el CIT se negó a expedir un mandamiento para que se invirtiera esa política, ya que consideró que las pruebas de que se disponía

²⁸ Adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/R.

²⁹ WT/DS58/11, 13 de julio de 1998.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/AB/R, (en adelante denominado el "informe del Órgano de Apelación").

³¹ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 942 Fed. Supp. 597 (CIT 1996).

³² *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 948 Fed. Supp. 1062 (CIT 1996).

³³ Notice of Proposed Revisions the Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162, Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations, US Department of State, Federal Register Vol. 64, No. 57, 25 March 1999, Public Notice 3013, pp. 14481-14485, (en adelante la "modificación propuesta de las Directrices").

³⁴ *Turtle Island Restoration Network v. Robert Mallett*, 110 Fed. Supp. 2d 1005 (CIT 2000).

eran insuficientes para demostrar que esa política fuese dañina para las tortugas marinas. Esa decisión del CIT, ha sido apelada y está siendo estudiada actualmente por el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos.

C. PLAZO PRUDENCIAL

2.19 El 25 de noviembre de 1998, los Estados Unidos informaron el OSD de su intención de poner en práctica las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro de un "plazo prudencial".

2.20 El 21 de enero de 1999, los Estados Unidos y las demás partes en la diferencia inicial acordaron un plazo de 13 meses como plazo prudencial para que los Estados Unidos diesen cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD.³⁵ Ese plazo prudencial expiró el 6 de diciembre de 1999.

D. APLICACIÓN

2.21 Conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 21 del ESD, los Estados Unidos presentaron regularmente, el 15 de julio de 1999, el 8 de septiembre de 1999, el 15 de octubre de 1999, el 9 de noviembre de 1999 y el 17 de enero de 2000, informes sobre la situación en lo que se refería a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en esta diferencia.³⁶ En esos informes se declara que la finalidad de la revisión de las Directrices de 1996 con arreglo al artículo 609 era "1) introducir un mayor grado de flexibilidad en la consideración de la comparabilidad de los programas extranjeros y el programa estadounidense y 2) elaborar un calendario y unos procedimientos para las decisiones de certificación entre los que figurase un calendario acelerado para su aplicación únicamente en 1999. Estos últimos cambios tienen el propósito de aumentar la transparencia y la previsibilidad del proceso de certificación y permitir un proceso con mayores garantías a los gobiernos extranjeros que deseen conseguir una certificación". En los informes se aclaraba además que los Estados Unidos estaban intentando negociar un acuerdo sobre la conservación de las tortugas marinas con los gobiernos de la región del Océano Índico y habían ofrecido y estaban facilitando asistencia técnica en relación con el diseño, construcción, instalación y utilización de DET.

1. Artículo 609: las Directrices Revisadas de 1999

2.22 El 25 de marzo de 1999, el Departamento de Estado de los Estados Unidos publicó en el *Federal Register* de los Estados Unidos un aviso en el que se resumía el informe del Órgano de Apelación, se proponían medidas mediante las cuales los Estados Unidos aplicarían las recomendaciones y resoluciones del OSD y se pedía a las partes interesadas que formularan observaciones.³⁷ El 8 de julio de 1999, el Departamento de Estado publicó unas 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.³⁸ En las Directrices Revisadas se resumen las

³⁵ WT/DS58/16, 12 de enero de 2000.

³⁶ WT/DS58/15, 15 de julio de 1999 y Addenda 1 a 4.

³⁷ Modificaciones propuestas de las Directrices.

³⁸ *Revised Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162 Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations*, *Federal Register* Vol.64, N° 130, de 8 de julio de 1999, páginas 36946 a 36952, a las que en adelante se denominará, en el presente informe, "Directrices Revisadas". (El texto de las Directrices Revisadas (páginas 36949 – 36952) se reproduce en el Anexo del presente informe.) Para facilitar la consulta, los párrafos de las Directrices Revisadas han sido numerados en el Anexo.

observaciones recibidas y se exponen las medidas que los Estados Unidos se proponían tomar para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Para mayor facilidad de consulta, se adjunta en un anexo del presente informe el texto íntegro de las Directrices Revisadas.

2.23 En las Directrices Revisadas publicadas con arreglo al artículo 609 se exponen los criterios aplicables para la certificación.³⁹ Primero, como las decisiones sobre la certificación se basan en la comparabilidad con el programa reglamentario de los Estados Unidos que regula la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón, se explican los componentes de ese programa. La finalidad declarada del programa es proteger las poblaciones de tortugas marinas contra un nuevo descenso reduciendo su mortalidad accidental en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre. El programa de los Estados Unidos exige que los barcos que se dediquen a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre utilicen DET aprobados de conformidad con las normas establecidas por el Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS), en las zonas y en los momentos en que haya probabilidades de que se atrapen tortugas marinas, con excepciones muy limitadas.⁴⁰

2.24 Segundo, el Departamento de Estado determinó que la prohibición de las importaciones impuesta en virtud del artículo 609 no se aplica al camarón pescado en las siguientes condiciones, que no afectan negativamente a las tortugas marinas, ni a los productos obtenidos de camarones pescados en las mismas condiciones:

- a) los camarones procedentes de una instalación de acuicultura;
- b) los camarones pescados por barcos arrastreros que utilizan DET de una efectividad comparable a los obligatorios en los Estados Unidos;
- c) los camarones pescados exclusivamente con medios que no supongan la recogida de las redes de pesca por medios mecánicos o por barcos que utilicen un aparejo especificado, de conformidad con el régimen estadounidense, o
- d) los camarones pescados de cualquier otra manera o en cualesquiera otras circunstancias que el Departamento de Estado determine, después de celebrar consultas con el NMFS, que no representan una amenaza de captura accidental de tortugas marinas. En este último caso, el Departamento de Estado publicará esas determinaciones en el *Federal Register* y las notificará a los gobiernos extranjeros y a las partes interesadas.⁴¹

2.25 Además, si el gobierno de la nación pesquera trata de obtener un certificado basándose en que ha adoptado un programa de DET, la certificación se hará con arreglo al artículo 609(b)(2)(A) o (B) si el programa incluye:

- a) la obligación de que todos los barcos dedicados a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que operen en aguas en las que exista la posibilidad de atrapar tortugas marinas utilicen DET, en todo momento. Los DET habrán de tener una eficacia comparable a la de los utilizados en los Estados Unidos. Las excepciones a este requisito habrán de ser comparables a las del programa de los Estados Unidos descrito más arriba, y

³⁹ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafos 2 a 5.

⁴⁰ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 2.

⁴¹ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 5.

- b) un sistema creíble de observancia que incluya la supervisión del cumplimiento.⁴²

2.26 Tercero, en las Directrices Revisadas se confirma la obligación, vigente a partir del 1º de mayo de 1996, de que todas las expediciones de camarones y de productos del camarón importadas en los Estados Unidos vayan acompañadas de una Declaración del Exportador/Importador que acredite que los camarones que acompañan a la Declaración se pescaron, bien en condiciones que no afectaban negativamente a las tortugas marinas (según se define más arriba), bien en aguas sometidas a la jurisdicción de una nación que actualmente esté en posesión de un certificado expedido de conformidad con el artículo 609.⁴³

2.27 Cuarto, se dispone que el gobierno de cualquier país pesquero pida que el Departamento de Estado, al adoptar decisiones con arreglo al artículo 609, examine la información relativa al entorno y las condiciones en que se efectúa la pesca del camarón en ese país. Se puede presentar información, basada en datos empíricos apoyados por estudios científicos objetivos de duración y alcance suficientes para proporcionar la información necesaria a fin de adoptar una determinación fiable, para demostrar, en particular:

- a) que parte de los camarones destinados a la exportación a los Estados Unidos se ha pescado en una de las condiciones que, según se indica más arriba, no afectan negativamente a las tortugas marinas;
- b) que el gobierno de esa nación ha adoptado un programa reglamentario aplicable a la captura accidental de tortugas marinas durante la pesca del camarón que es comparable al programa de los Estados Unidos, y, por consiguiente, que esa nación tiene derecho a obtener el certificado; o
- c) que el medio ambiente pesquero de esa nación no representa una amenaza de captura accidental de tortugas marinas, y, por consiguiente, que esa nación tiene derecho a obtener el certificado.⁴⁴

2.28 Un país puede obtener un certificado por el hecho de tener un programa reglamentario que no entrañe la utilización de DET. El criterio aplicado a tal efecto es el siguiente: "Si el gobierno de una nación pesquera demuestra que ha puesto en práctica y está aplicando coercitivamente un programa reglamentario de eficacia comparable para proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca del camarón con redes de arrastre sin utilizar DET, esa nación también tendrá derecho a obtener un certificado." Tal constatación ha de basarse en datos empíricos apoyados por estudios científicos objetivos de duración y alcance suficientes para proporcionar la información necesaria a fin de adoptar una determinación fiable. Al examinar esa información, el Departamento de Estado habrá de "tener plenamente en cuenta cualesquiera diferencias que se haya demostrado que existen entre las condiciones en que se realiza la pesca del camarón en los Estados Unidos y las condiciones en que se realiza esa pesca en esas otras naciones, así como la información disponible procedente de otras fuentes".⁴⁵

2.29 Como se ha observado anteriormente, los países pueden solicitar un certificado basándose en que el entorno en que se pesca en ellos el camarón no representa una amenaza de captura accidental

⁴² Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafos 18 y 19.

⁴³ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 6.

⁴⁴ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 10.

⁴⁵ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, sección II. B. a) 2).

de tortugas marinas. Las Directrices Revisadas disponen que el Departamento de Estado extenderá sobre esta base, con arreglo al artículo 609(b)(2)(C), un certificado a toda nación pesquera que satisfaga los criterios siguientes:

- a) toda nación pesquera en cuyas aguas jurisdiccionales no viva ninguna de las especies de tortugas marinas en cuestión;
- b) toda nación pesquera que pesque camarón exclusivamente con medios que no representen ninguna amenaza para las tortugas marinas, por ejemplo las naciones que pesquen camarón exclusivamente con medios artesanales, o
- c) toda nación cuyas operaciones de pesca comercial de camarón con redes de arrastre tengan lugar exclusivamente en aguas sometidas a su jurisdicción en las que no vivan tortugas marinas.⁴⁶

2.30 En las Directrices Revisadas también se reconoce que hay que proteger a las tortugas marinas durante la totalidad de sus ciclos biológicos, y no sólo cuando están amenazadas durante la pesca del camarón. Así, el Departamento, al extender los certificados, "tendrá también plenamente en cuenta las demás medidas que la nación pesquera adopte para proteger a las tortugas marinas, entre ellas los programas nacionales de protección de las playas donde se produce la puesta de huevos y otros hábitat, la prohibición de la captura directa de tortugas marinas, la existencia de programas nacionales de observancia y cumplimiento de la ley y la participación en acuerdos internacionales para la protección y conservación de las tortugas marinas". El Departamento de Estado también habrá de celebrar consultas con las naciones pesqueras.⁴⁷

2.31 Cada año, el Departamento de Estado considera, a los efectos de la expedición de certificados, la situación de cualquier nación que posea un certificado y de cualquier otra nación pesquera que solicite un certificado antes del 1º de septiembre del año precedente. Además, "cualquier país pesquero que no esté en posesión de un certificado al 1º de mayo de un año dado podrá obtenerlo antes del 1º de mayo siguiente en el momento en que cumpla los criterios necesarios para la obtención del certificado. A la inversa, en el caso de toda nación pesquera que esté en posesión de un certificado al 1º de mayo de un año dado, se podrá revocar el certificado antes del 1º de mayo siguiente en el momento en que la nación pesquera deje de cumplir esos criterios".⁴⁸

2.32 Se reconoce que las Directrices Revisadas pueden revisarse en el futuro para tener en cuenta nueva información sobre la interacción de las tortugas marinas y la pesca de camarones, así como los cambios introducidos en el programa de los Estados Unidos y los litigios internos pendientes en los Estados Unidos.

III. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

1. Mandato

3.1 Según **Malasia**, el mandato del Grupo Especial consiste en examinar la compatibilidad de las medidas de los Estados Unidos destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del Órgano

⁴⁶ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 14.

⁴⁷ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 23.

⁴⁸ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 40.

de Solución de Diferencias (OSD) con los artículos XI y XX del GATT de 1994. Esta tesis es concorde con las opiniones expuestas por el Órgano de Apelación con respecto al alcance del procedimiento de solución de diferencias del párrafo 5 del artículo 21 en *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*.⁴⁹ En síntesis, se encomienda a los grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) la función de determinar, al examinar la "compatibilidad" con arreglo a dicho párrafo, que las "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD" están "en conformidad con", "se atienen a los mismos principios que" o son "compatibles" con las obligaciones que incumben a la parte que ha de proceder al cumplimiento de conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo de la OMC. En consecuencia, Malasia aduce que los actos realizados por los Estados Unidos no han eliminado los elementos de "discriminación injustificable" y "discriminación arbitraria" y, en consecuencia, que la medida de ese país sigue siendo incompatible con el artículo XI y no está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

3.2 Malasia añade que en la presente diferencia no se limita a poner en duda que los Estados Unidos hayan cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD; ejercita los derechos que le reconoce el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

3.3 Malasia sostiene también que el Grupo Especial debe constatar que para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD es necesario suprimir la prohibición de las importaciones impuestas en virtud del artículo 609. Este aspecto es parte integrante de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Malasia.⁵⁰

3.4 En opinión de los **Estados Unidos**, el objeto del presente procedimiento es determinar si los Estados Unidos han cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD al modificar la aplicación del artículo 609 de la Public Law 101-162 ("artículo 609")⁵¹, de conformidad con las constataciones del informe del Órgano de Apelación.

2. Comunicaciones de organizaciones no gubernamentales

3.5 El Grupo Especial recibió en el presente caso dos comunicaciones de organizaciones no gubernamentales. La primera fue presentada el 12 de noviembre de 2000 por *Earth Justice Legal Defense Fund* en nombre de *Turtle Island Restoration Network*, *Human Society of the United States*, *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, *Defenders of Wildlife*, y la *Fiscalía del Medio Ambiente* (Chile) ("comunicación de *Earthjustice*").

3.6 La segunda de estas comunicaciones fue presentada el 13 de diciembre de 2000 por *National Wildlife Federation* en nombre de *Center for Marine Conservation*, *Centro Ecocéanos*, *Defenders of Wildlife*, *Friends of the Earth*, *Kenya Sea Turtle Committee*, *Marine Turtle Preservation Group of India*, *National Wildlife Federation*, *Natural Resources Defense Council*, *Operation Kachhapa*, *Project Swarajya*, y *Visakha Society for Prevention of Cruelty to Animals* ("comunicación de *National Wildlife Federation*").

⁴⁹ Informe adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS70/AB/RW ("*Canadá – Aeronaves – Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*"), párrafos 36 y 37 y 40 y 41.

⁵⁰ WT/DS58/17, 13 de octubre de 2000.

⁵¹ *Revised Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162 Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations*, *Federal Register* Vol.64, N° 130, de 8 de julio de 1999, páginas 36946 a 36952, a las que en adelante se denominará, en el presente informe, "Directrices Revisadas". (El texto de las Directrices Revisadas (páginas 36949 – 36952) se reproduce en el Anexo del presente informe.) Para facilitar la consulta, los párrafos de las Directrices Revisadas han sido numerados en el Anexo.

3.7 Las comunicaciones citadas fueron transmitidas a las partes el 15 y el 18 de diciembre de 2000, respectivamente. En la carta que las acompañaba, el Grupo Especial informaba a las partes de que en las comunicaciones que presentaran podrían formular observaciones sobre la admisibilidad y pertinencia de aquéllas. El Grupo Especial informaba asimismo a las partes de que abordaría la cuestión en su informe.

3.8 **Malasia** opina que el Grupo Especial no tiene derecho a admitir o tomar en consideración comunicaciones no solicitadas. Sostiene además que el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto constató que el artículo 13 del ESD no confería a un grupo especial el derecho de admitir ese tipo de comunicaciones. El artículo 13 da a un grupo especial el derecho de "recabar" información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. Con arreglo a los artículos 10 y 12 y al apéndice 3 del ESD, sólo los Miembros que son partes en una diferencia o que han notificado al OSD su interés en ser tenidos por terceros, tienen un derecho legalmente reconocido a presentar comunicaciones a un grupo especial y a que éste tome en consideración esas comunicaciones. Por el contrario, la interpretación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*⁵² llevaba aparejada la concesión de más derechos a quienes no eran Miembros de la OMC.

3.9 Malasia aduce que reviste una importancia primordial para el examen del Grupo Especial el hecho de que la admisión y aceptación por los grupos especiales y el Órgano de Apelación de comunicaciones no solicitadas haya sido objeto de un intenso debate en una reunión extraordinaria del Consejo General celebrada el 22 de noviembre de 2000. La opinión ampliamente predominante de los Miembros de la OMC presentes en la reunión fue que los grupos especiales y el Órgano de Apelación no estaban facultados para recibir o tomar en consideración comunicaciones no solicitadas. Esta opinión fue transmitida al Presidente del Órgano de Apelación, que tomó nota de ella.

3.10 Los **Estados Unidos** aducen que, con arreglo a las constataciones del Órgano de Apelación en el presente asunto, el Grupo Especial tiene facultades discrecionales para examinar las comunicaciones de las ONG o alguna de ellas. El Órgano de Apelación declaró que "los grupos especiales tienen facultades discrecionales bien para aceptar y examinar, bien para rechazar la información o el asesoramiento que les haya sido presentado, con independencia de que la hayan solicitado o no".⁵³

3.11 Según los Estados Unidos, la comunicación de *National Wildlife Federation* era directamente pertinente a las cuestiones objeto de la presente diferencia. En ella se aborda la cuestión del cumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del ESD y se exponen además las opiniones de los comunicantes sobre la condición jurídica en el derecho ambiental internacional de las medidas ambientales consensuales frente a las unilaterales, cuestión que han planteado en distinto grado Malasia y algunos terceros.

3.12 En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial debe examinar, haciendo uso de sus facultades discrecionales, la comunicación de *National Wildlife Federation*. No obstante, al mismo tiempo los Estados Unidos decidieron incorporar a la comunicación que presentaron en este asunto la comunicación de *National Wildlife Federation*, con lo que, según sostienen, se garantiza que el Grupo Especial tenga en su poder un documento pertinente e informativo, independientemente de que opte o no por ejercer su facultad discrecional de aceptar directamente de los comunicantes esa comunicación. Los Estados Unidos sostienen que, por el contrario, la comunicación de *Earthjustice* no parece pertinente a las cuestiones que se plantean en la

⁵² Informe adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/AB/R *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* ("informe del Órgano de Apelación").

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 108.

presente diferencia, por cuanto se refiere a una cuestión hipotética que no ha sido sometida al Grupo Especial. No obstante, los Estados Unidos señalan que, de conformidad con la resolución del Órgano de Apelación, el Grupo Especial está facultado para aceptar directamente de los comunicantes la comunicación de *Earthjustice*.⁵⁴

3.13 En respuesta a una pregunta formulada por el Grupo Especial⁵⁵, los Estados Unidos afirman que la comunicación *amicus* anexa a su escrito de réplica refleja las opiniones independientes de las organizaciones que la suscriben. Esas organizaciones están muy interesadas en la conservación de las tortugas marinas y tienen conocimientos técnicos especializados en la materia y en otras cuestiones conexas. Sin duda, sus opiniones serían útiles al Grupo Especial para resolver las cuestiones en litigio en la presente diferencia. Los Estados Unidos señalan, no obstante, que la comunicación "*amicus*" incluía determinadas defensas sustantivas y de procedimiento no planteadas en la comunicación de los Estados Unidos, por lo que no puede considerarse que esas defensas hayan sido sometidas al Grupo Especial.

3.14 Los Estados Unidos añaden que Malasia argumenta, de forma bastante insólita, que el Órgano de Apelación llegó a una constatación errónea y que el Grupo Especial debe prescindir de ella. En ningún precepto del ESD se confiere a los grupos especiales de solución de diferencias la facultad de revocar las constataciones del Órgano de Apelación. Además, Malasia basa su posición exclusivamente en la afirmación de que la constatación del Órgano de Apelación otorga a los "*amici*" más derechos que a los gobiernos Miembros de la OMC, lo que es patentemente falso. Con arreglo al ESD, cualquier Miembro de la OMC puede preservar sus derechos en calidad de tercero, y los grupos especiales han de tomar en consideración sus opiniones. Muy por el contrario, las constataciones del Órgano de Apelación sólo dan a los grupos especiales la *facultad discrecional* de examinar las comunicaciones no solicitadas. Los hechos han aclarado tajantemente la diferencia entre los derechos otorgados a los terceros y a los "*amici*" en el procedimiento seguido recientemente en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*.⁵⁶ En este caso, el Órgano de Apelación aceptó y tomó en consideración todas las comunicaciones presentadas por los terceros. En cambio, examinó y rechazó casi 20 peticiones de admisión de comunicaciones no solicitadas.

3.15 **Malasia** afirma que no pretende que el Grupo Especial revoque la decisión del Órgano de Apelación al respecto. No obstante, a la luz de los debates de la reunión extraordinaria que celebró el 22 de noviembre de 2000 el Consejo General, Malasia sostiene que el Grupo Especial debe actuar con suma prudencia en relación con las comunicaciones "*amicus curiae*" no solicitadas.

⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 108 y 110.

⁵⁵ La pregunta es la siguiente: "El Grupo Especial observa que los Estados Unidos han incorporado a sus réplicas, como prueba documental, una de las "comunicaciones *amicus*" presentadas directamente al Grupo Especial. Al haber sido presentado por los Estados Unidos, este documento se convierte en parte integrante de las comunicaciones de los Estados Unidos en el presente caso. ¿Podrían aclarar los Estados Unidos si, al proceder de esa forma, hacen plenamente suyo el contenido del documento recogido en esa prueba documental o si ésta se presenta para información del Grupo Especial, sin que los Estados Unidos hagan suyas en todo o en parte las opiniones expuestas en ella?"

⁵⁶ Informe adoptado el 5 de abril de 2001, WT/DS135/AB/R ("*CE – Amianto*").

3. Carga de la prueba

3.16 Malasia sostiene que incumbe a los Estados Unidos, como parte que recurre al artículo XX, la carga de justificar ese recurso.⁵⁷ El Órgano de Apelación ha aceptado este enfoque en el asunto *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves – Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*.⁵⁸ En ese asunto se declaró que, puesto que era el Brasil el que planteaba una "defensa afirmativa", la carga de la prueba recaía en ese país.⁵⁹ El tema de la carga de la prueba ha sido abordado en la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*.⁶⁰ El Órgano de Apelación declaró que "[...] la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa".⁶¹

3.17 No obstante, Malasia aduce que lo pertinente de la decisión del Órgano de Apelación es que reconoce que varios grupos especiales del GATT de 1947 y de la OMC han exigido esa prueba a la parte que invoca una defensa como las recogidas en el artículo XX. El Órgano de Apelación ha manifestado claramente que los apartados del artículo XX constituyen "[...] 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. Tienen el carácter de defensas afirmativas. Por lo tanto, es razonable que la carga de fundar esa defensa incumba a la parte que la invoca".⁶²

3.18 En consecuencia, Malasia sostiene que incumbe a los Estados Unidos, como parte que plantea la defensa afirmativa en relación con el artículo XX, la carga de probar que sus medidas están justificadas al amparo de dicho artículo. A este respecto, los Estados Unidos no han demostrado, que gracias a las medidas adoptadas por ese país para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, el artículo 609 esté justificado al amparo del artículo XX. Por tanto, los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.19 Malasia aduce que los Estados Unidos tienen que demostrar al Grupo Especial que las medidas de aplicación que han adoptado cumplen plenamente los requisitos del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 y que no existe ya ninguna incompatibilidad con el artículo XI del GATT de 1994.

3.20 Malasia basa su argumento en la apreciación del Órgano de Apelación de que la medida de los Estados Unidos estaba "justificada provisionalmente", de lo que se deduce que los Estados Unidos tienen que acreditar que esta medida está ahora plenamente justificada al amparo del artículo XX. En consecuencia, los Estados Unidos tienen que rectificar todos y cada uno de los aspectos indicados por

⁵⁷ Malasia se remite al asunto *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* (DS21/R, informe no adoptado, distribuido el 3 de septiembre de 1991, IBDD 39S/183), en el que el Grupo Especial declaró que "la práctica seguida por los grupos especiales ha consistido en interpretar el artículo XX de manera restringida, atribuir a la parte que recurre a dicho artículo la carga de justificar el recurso [...]" (párrafo 5.22, el subrayado es de Malasia).

⁵⁸ Informe adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/AB/RW ("*Brasil – Aeronaves – Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*").

⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 65.

⁶⁰ Informe adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R ("*Estados Unidos – Camisas de lana*").

⁶¹ *Ibid.* página 16.

⁶² *Ibid.*, página 18.

el Órgano de Apelación para cumplir los criterios relativos a la "discriminación injustificable" y "discriminación arbitraria" entre los países en que prevalecen las mismas condiciones. Si los Estados Unidos no cumplen esos criterios, no puede considerarse que la medida de ese país reúna las condiciones para poder acogerse a una excepción del artículo XX.

3.21 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los **Estados Unidos** admiten que les incumbía inicialmente la carga de probar que la medida estadounidense está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XX. En el presente procedimiento, corresponde inicialmente a Malasia la carga de probar que la medida de los Estados Unidos es incompatible con alguna o algunas de las obligaciones dimanantes de un acuerdo abarcado. No obstante, como señala Malasia, los Estados Unidos no han negado que su medida sea una prohibición de las importaciones comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XI del GATT.

3.22 Los Estados Unidos alegan que plantean, como defensa afirmativa, que su medida, una vez modificada, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XX. Como aclaró el Órgano de Apelación en su informe sobre *Estados Unidos - Camisas de lana*, la carga de establecer una defensa de esa naturaleza recae en la parte que la plantea.⁶³ Como aclaró también el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas de lana*, "si [la parte que afirma una determinada reclamación o defensa] presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción".⁶⁴ Los Estados Unidos sostienen que han acreditado *prima facie* que su medida, en la forma en que ha sido modificada, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XX, por lo que la carga de aportar pruebas y argumentos jurídicos en contrario se ha desplazado a Malasia. En concreto, los Estados Unidos han explicado plenamente la forma en que han modificado los aspectos de la aplicación de la medida que el Órgano de Apelación constató que llevaban aparejada una discriminación arbitraria o injustificable. En consecuencia, los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que la medida estadounidense, una vez modificada en la forma en que ya ha sido, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XX.

3.23 En opinión de los Estados Unidos, este análisis del desplazamiento de la carga de la prueba resulta especialmente pertinente a la cuestión de si los Estados Unidos han modificado las directrices de aplicación del artículo 609, de la Public Law 101-162 de los Estados Unidos ("Directrices Revisadas") para hacerlas más flexibles y tener en cuenta las condiciones locales. Los Estados Unidos sostienen que han demostrado que se han modificado las Directrices para introducir en ellas más flexibilidad. Añaden que han puesto asimismo de manifiesto que esas Directrices más flexibles se han aplicado en casos concretos con respecto al Pakistán y Australia. Los Estados Unidos alegan que esos hechos son más que suficientes para cumplir la carga de establecer una presunción *prima facie* de que ese país ha cumplido los aspectos de las recomendaciones y resoluciones del OSD relativos a la flexibilidad en la aplicación de la medida. En consecuencia, los Estados Unidos aducen que la carga de probar que en realidad los Estados Unidos no han introducido esa flexibilidad se ha desplazado a Malasia.

3.24 Los Estados Unidos afirman que Malasia no ha expuesto razones válidas para sostener, como alega ese país, que las Directrices Revisadas no proporcionan el grado de flexibilidad previsto en las recomendaciones del OSD, lo que resulta aún más patente, según aducen los Estados Unidos, si se considera, en primer lugar, que con arreglo al análisis del desplazamiento de la carga de la prueba realizado por el OSD, incumbe ahora a Malasia la carga de refutar la presunción *prima facie* establecida por los Estados Unidos, y, en segundo lugar, que Malasia no ha tratado nunca de poner a prueba las Directrices Revisadas solicitando la certificación. Dicho de otro modo, dado que del tenor

⁶³ *Estados Unidos - Camisas de lana*, página 15.

⁶⁴ *Estados Unidos - Camisas de lana*, página 16.

literal de las Directrices Revisadas se deduce que éstas proporcionan mayor flexibilidad, y que Malasia no ha puesto nunca a prueba esas Directrices y se limita a afirmar que no son suficientemente flexibles, no cabe constatar que Malasia haya hecho prevalecer sus razones en esta cuestión clave del procedimiento.

3.25 Un aspecto conexo es, a juicio de los Estados Unidos, el hecho de que la constatación del Órgano de Apelación se basó en el "efecto acumulativo" de determinados aspectos de la medida estadounidense. Los Estados Unidos aducen que esta cuestión no debe plantearse, porque los Estados Unidos han adoptado efectivamente medidas en relación con todos los aspectos de discriminación identificados por el Órgano de Apelación. Tailandia, en calidad de tercero, ha dedicado gran cantidad de tiempo a analizar la cuestión, y alega que los Estados Unidos infringirían sus obligaciones convencionales si no abordaban *todos* los aspectos de discriminación identificados por el Órgano de Apelación. Según los Estados Unidos, el razonamiento de Tailandia es circular y obedece a una interpretación errónea del informe del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación *no* constató, como da por sentado Tailandia, que todos y cada uno de los elementos de trato diferencial entre Miembros alcanzaran el nivel necesario para constituir una violación del preámbulo del artículo XX. Por el contrario, el Órgano de Apelación declaró prudentemente que el conjunto de los cinco aspectos de trato diferencial, en su efecto acumulativo -es decir en su totalidad, sumados- equivalían a una violación. En consecuencia, los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación, de forma prudente y adecuada, no especificó cuál habría sido su decisión en este asunto si se hubieran rectificado algunos, aunque no todos, los aspectos de trato diferencial.

3.26 Los Estados Unidos sostienen que se han ocupado de todos los aspectos de trato diferencial, por lo que la cuestión no debería plantearse ante el Grupo Especial. No obstante, señalan que, en caso de que el Grupo Especial constatare lo contrario, el informe del Órgano de Apelación proporciona algunas orientaciones al respecto. Por ejemplo, el Órgano de Apelación manifestó que la "deficiencia más patente" estribaba en la falta de flexibilidad en la aplicación de la medida. Conviene señalar que, en cambio, el informe del Órgano de Apelación hizo menos hincapié en el aspecto de trato diferencial derivado de la existencia de distintos plazos de introducción progresiva.

3.27 **Malasia** coincide con la declaración de los Estados Unidos de que la utilización por el Órgano de Apelación de la expresión "efecto acumulativo" es importante para el examen por el Grupo Especial del cumplimiento por los Estados Unidos de las constataciones del Órgano de Apelación. El término "cumulative" (acumulativo) se define como "*forming an aggregate; the word signifies that two things are to be added together, instead of one being a repetition or in substitution of the other*"⁶⁵ ("que integra un conjunto; la palabra indica que hay una suma de dos elementos, de los cuales uno no es una repetición del otro ni lo sustituye"). No obstante, Malasia afirma que no comparte la afirmación de los Estados Unidos de que para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación no es necesario abordar todos los aspectos [de la aplicación por los Estados Unidos del artículo 609 que constituía una "discriminación injustificable"]. Tampoco coincide Malasia con los Estados Unidos en que este país "ha rectificado todas las deficiencias en la aplicación del artículo 609". Malasia sostiene que los Estados Unidos deben rectificar todos y cada uno de esos aspectos para cumplir los elementos del criterio relativo a la "discriminación injustificable".

B. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO XI

3.28 **Malasia** aduce que el mantenimiento de la aplicación del artículo 609, que tiene el efecto de una prohibición de las importaciones, sigue socavando las exportaciones de camarones de Malasia al mercado de los Estados Unidos. Como manifestó Malasia ante el Grupo Especial que entendió

⁶⁵ *Black's Law Dictionary*, sexta edición, página 380.

inicialmente en el asunto⁶⁶, el valor de las exportaciones de ese país se redujo de 9,1 millones de dólares EE.UU. en 1995 a 4,86 millones de dólares EE.UU. en 1996. Las exportaciones habían experimentado una considerable reducción, del 38 por ciento, pasando de 2,87 millones de dólares EE.UU. en el período comprendido entre mayo y octubre de 1995 a 1,8 millones de dólares EE.UU. en los mismos meses de 1996. Posteriormente, las empresas malasias han dejado de exportar a los Estados Unidos y se han visto forzadas a desarrollar otros mercados de exportación en Europa, Hong Kong, Australia, el Japón y China. Malasia afirma que, a consecuencia de ello, sus exportadores siguen sufriendo una pérdida de oportunidades de exportación y de cuota de mercado en el mercado estadounidense de camarón capturado en el mar debido al mantenimiento de la prohibición de las importaciones.

3.29 Los **Estados Unidos** alegan que en el plazo de 13 meses convenido por las partes en la diferencia, los Estados Unidos han procedido a modificar la forma de aplicar la medida para resolver los problemas específicos identificados por el Órgano de Apelación. El cumplimiento por parte de los Estados Unidos abarca: el establecimiento de directrices revisadas que introducen un grado mayor de flexibilidad en el proceso de adopción de decisiones; el reforzamiento de las debidas garantías de procedimiento para los países exportadores; esfuerzos encaminados a la negociación de un acuerdo sobre la conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico; y una intensificación de las ofertas de asistencia técnica.

3.30 No obstante, en lo que respecta al artículo 609, los Estados Unidos no alegan que la prohibición de las importaciones sea ahora compatible con el artículo XI del GATT de 1994, ni niegan que la prohibición en cuestión esté en vigor. Además, en respuesta a una pregunta formulada por el Grupo Especial⁶⁷, los Estados Unidos afirman expresamente que, como ha indicado Malasia, los Estados Unidos no niegan que su medida sea una prohibición de las importaciones comprendida en el ámbito del artículo XI del GATT.

C. JUSTIFICACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO XX

1. Observaciones generales

3.31 Los **Estados Unidos** indican que, en constataciones detalladas y exhaustivas, el Órgano de Apelación confirmó que la medida de los Estados Unidos que tenía el efecto de una prohibición de las importaciones reunía las condiciones para una justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT, como medida relativa a la conservación de un recurso natural agotable. No obstante, el Órgano de Apelación constató también en su informe que determinados aspectos expresamente señalados de la aplicación de esa medida constituían una discriminación injustificable o arbitraria en el sentido del preámbulo del artículo XX.

3.32 Los Estados Unidos alegan que la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el presente asunto tiene varios componentes distintos, que corresponden a las diversas constataciones que figuran en el informe del Órgano de Apelación en relación con la forma en que los Estados Unidos aplicaban anteriormente el artículo 609.

3.33 Según los Estados Unidos, los actos destinados al cumplimiento abarcan:

⁶⁶ *Estados Unidos – Prohibición de determinados camarones y productos del camarón*, informe adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/R ("informe del Grupo Especial"), párrafos 3.120 y 3.126.

⁶⁷ La pregunta es la siguiente: "¿Aceptan la afirmación de Malasia de que la carga de la prueba estriba en que los Estados Unidos han de demostrar que las medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD están justificadas al amparo del artículo XX del GATT de 1994?".

- a) directrices revisadas, que introducen un grado mayor de flexibilidad en el proceso de adopción de decisiones;
- b) reforzamiento de las debidas garantías de procedimiento para los países exportadores;
- c) esfuerzos orientados a la negociación de un acuerdo para la conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico; y
- d) intensificación de las ofertas de asistencia técnica.

3.34 **Malasia** aduce que, en el párrafo 187 de su informe, dentro de sus constataciones y conclusiones, el Órgano de Apelación:

"concluye que la medida adoptada por los Estados Unidos, si bien reúne las condiciones para una justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX, no cumple los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no está justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994".

3.35 Malasia sostiene que el sentido expreso de esta constatación es que la medida en cuestión, es decir, la prohibición de las exportaciones establecida en el artículo 609, a pesar de estar provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT, no está justificada en virtud del artículo XX, por no cumplir los requisitos del preámbulo de dicho artículo.

3.36 Malasia sostiene que, dado que la imposición de la prohibición de las importaciones no está justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994, para que los Estados Unidos pongan la medida en conformidad con las obligaciones que les impone ese Acuerdo, es preciso que se suprima esa prohibición.

3.37 Malasia alega, en consecuencia, que para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, no es necesario modificar, sino suprimir, la prohibición de las importaciones establecida en el artículo 609.

2. Apartado g) del artículo XX

3.38 En relación con el artículo 609 y su compatibilidad con el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, los **Estados Unidos** alegan que el Órgano de Apelación constató separadamente que las especies amenazadas de tortugas marinas abarcadas por el artículo 609 eran "recursos naturales agotables" en el sentido del apartado g) del artículo XX⁶⁸ y que los Estados Unidos aplicaron el artículo 609 "conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales" en el sentido del apartado g) del artículo XX.⁶⁹

3.39 Los Estados Unidos alegan que el Órgano de Apelación explicó clara y detenidamente que el objeto general de la prohibición de las importaciones del artículo 609 estaba justificado provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX. Los Estados Unidos citan los párrafos pertinentes del informe del Órgano de Apelación a ese respecto:

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

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 127 a 134.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 143 a 145.

138. El párrafo 1) b) del artículo 609 prohíbe la importación de camarón o productos del camarón que hayan sido capturados haciendo uso de tecnología de pesca comercial que pueda tener efectos negativos en las tortugas marinas. Esta disposición tiene por objeto influir en los países para que adopten programas reglamentarios nacionales que exijan la utilización de DET por sus pescadores de camarones. A este respecto, es importante señalar que la estructura general y el diseño del artículo 609 *cum* las directrices de aplicación tienen un objeto muy preciso.

[...]

141. Así pues, por su diseño y estructura general, el artículo 609 no es una prohibición sencilla y genérica de la importación de camarones impuesta sin tener en cuenta las consecuencias (o la falta de las mismas) del método de pesca empleado en la captura accidental y la mortalidad de las tortugas marinas. Si nos centramos en el diseño de la medida que contemplamos, observamos que el artículo 609 *cum* las directrices de aplicación, no tiene un alcance y un ámbito desproporcionadamente amplios en relación con el objetivo político de la protección y conservación de las tortugas marinas. La relación de medios a fines entre el artículo 609 y la política legítima de conservar una especie agotable y, de hecho, amenazada, es claramente una relación estrecha y real, una relación tan sustancial en todo como la que encontramos en el asunto *Estados Unidos – Gasolina* entre las normas de establecimiento de la línea de base de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y las normas de conservación del aire puro en los Estados Unidos.

142. A nuestro juicio, por consiguiente, el artículo 609 es una medida "relativa a" la conservación de un recurso natural agotable en el significado del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁰

3.40 Los Estados Unidos alegan además que el Órgano de Apelación destacó la diferencia entre la cuestión de si el diseño general de una medida está justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados concretos específicos del artículo XX y la cuestión de si la aplicación de esa medida es compatible con los requisitos del preámbulo de dicho artículo.

3.41 **Malasia** alega que en sus constataciones y conclusiones el Órgano de Apelación modificó el informe del Grupo Especial y constató, entre otras cosas, que la medida de los Estados Unidos, si bien estaba provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, no cumplía los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no estaba justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994.⁷¹

3.42 Malasia sostiene que el sentido expreso de esa constatación es que la medida en cuestión, es decir la prohibición de las importaciones establecida en el artículo 609, aunque está provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, no está justificada en virtud del artículo XX, por no cumplir los requisitos del preámbulo de dicho artículo.

3.43 Malasia señala además que no impugna la constatación del informe del Órgano de Apelación a que han hecho referencia antes los Estados Unidos sobre la justificación provisional del artículo 609 al amparo del apartado g) del artículo XX.

⁷⁰ El subrayado es de los Estados Unidos, que no reproducen las notas de pie de página.

⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 187.

3. Preámbulo

a) Cuestiones generales relativas al cumplimiento

3.44 Los **Estados Unidos** alegan, como se ha indicado, que el Órgano de Apelación destacó la diferencia entre la cuestión de si el diseño general de una medida está justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados concretos del artículo XX y la cuestión de si la aplicación de esa medida es compatible con los requisitos del preámbulo de dicho artículo. En apoyo de esta alegación, los Estados Unidos se remiten a la cita que el Órgano de Apelación hace de su anterior informe en *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, en el que indicó que el preámbulo del artículo XX "por sus términos explícitos, [...] se refiere, no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica".⁷²

3.45 Los Estados Unidos recuerdan que el Órgano de Apelación, en su informe, tras constatar que la medida de los Estados Unidos estaba provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, examinó los criterios establecidos en el preámbulo de dicho artículo. Los Estados Unidos estiman que las constataciones detalladas del Órgano de Apelación en relación con el preámbulo del artículo XX no se refieren a la propia norma del artículo 609, sino a la aplicación de la medida por los Estados Unidos.

3.46 Los Estados Unidos alegan que han rectificado todas las deficiencias que ha constatado e identificado el Órgano de Apelación en la aplicación del artículo 609: discriminación injustificable y discriminación arbitraria y que, por tanto, han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.47 Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación constató que si bien el artículo 609 establece el requisito de la certificación de que los programas de otros países de protección de las tortugas marinas en el curso de la pesca del camarón con redes de arrastre son comparables al de los Estados Unidos, en la práctica, el Departamento de Estado, al adoptar las decisiones relativas a la certificación, exigía que los programas de otros países fueran esencialmente iguales al programa de los Estados Unidos. Al evaluar los programas extranjeros, el Departamento de Estado debía haber sido más flexible al formular la determinación correspondiente y, en particular, debía haber tomado en consideración las diversas condiciones que pueden existir en los territorios de otras naciones.

3.48 Los Estados Unidos alegan que, en respuesta a esta recomendación, el Departamento de Estado toma ahora en consideración las pruebas que presente otra nación de que su programa de protección de las tortugas marinas en el curso de la pesca del camarón con redes de arrastre es comparable al de los Estados Unidos.⁷³ Al examinar esas pruebas, el Departamento de Estado tiene en cuenta las diferencias demostradas en lo que respecta a las condiciones de pesca del camarón en otros países, en la medida en que esas diferencias puedan afectar al grado en que la pesca comercial de camarón con redes de arrastre lleva aparejada la posibilidad de captura o muerte por asfixia de tortugas marinas.⁷⁴

3.49 Los Estados Unidos consideran también que el Órgano de Apelación constató que los procedimientos de la certificación prevista en el artículo 609 no eran transparentes ni previsibles y privaban a las naciones exportadoras del trato equitativo básico y de las debidas garantías de procedimiento. No había una oportunidad formal para que fuera oído el país solicitante o para que ese

⁷² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 115 (en el que cita su informe en *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R (*Estados Unidos – Gasolina*) página 26).

⁷³ Directrices Revisadas.

⁷⁴ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafos 10 a 13 y 16 a 19 y sección II. B. a) 2).

país pudiera responder a los argumentos formulados contra él, ni una decisión escrita formal y motivada. Las naciones no recibían ninguna notificación especial de las decisiones, que únicamente se publicaban en el *Federal Register* de los Estados Unidos. No estaba previsto ningún procedimiento de revisión ni de apelación contra la negativa de certificación.

3.50 En respuesta a esta constatación, los Estados Unidos alegan que han introducido una amplia gama de modificaciones procesales en el proceso de adopción de decisiones en relación con la certificación prevista en el artículo 609. El procedimiento es ahora transparente y previsible. Por ejemplo, actualmente, el Departamento de Estado notifica oportunamente a los gobiernos de los países que pescan camarones todas las decisiones provisionales y definitivas y proporciona efectivamente a esos gobiernos la oportunidad de ser oídos y aportar, en su caso, información adicional pertinente a la decisión relativa a la certificación. El Departamento de Estado facilita además a los gobiernos de los países pescadores que no han obtenido la certificación una explicación completa de las razones por las que ésta ha sido denegada, e indica claramente las medidas que esos gobiernos pueden adoptar para obtener en el futuro una certificación.⁷⁵

3.51 Los Estados Unidos consideran que el Órgano de Apelación constató que, en el momento en que se planteó por primera vez la reclamación en el marco de la OMC, los Estados Unidos no permitían las importaciones de camarones capturados por buques que utilizaban dispositivos para excluir a las tortugas ("DET") de eficacia comparable a los empleados en los Estados Unidos, a no ser que la nación que los capturaba hubiera obtenido la certificación prevista en el artículo 609. Dicho de otra forma, se excluía a camarones capturados utilizando métodos idénticos a los empleados en los Estados Unidos del mercado estadounidense por la única razón de haber sido pescados en aguas de naciones que no habían obtenido la certificación.

3.52 En respuesta a esa constatación, los Estados Unidos alegan que, aun antes de que el Órgano de Apelación publicara su informe, los Estados Unidos revisaron la política en cuestión. A partir de agosto de 1998, permitieron la importación de camarones capturados por buques que utilizaban DET, aun cuando la nación exportadora no hubiera obtenido un certificado de conformidad con el artículo 609.

3.53 Con respecto a esta constatación, los Estados Unidos aducen asimismo que el 19 de julio de 2000, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("CIT") publicó una decisión en la que constataba que la política seguida actualmente por los Estados Unidos de permitir la importación de camarones capturados con DET por países que no habían obtenido la certificación prevista en el artículo 609 "infringe lo dispuesto expresamente en esta norma legal". No obstante, el Tribunal se negó también expresamente a dictar un mandamiento judicial para rectificar esa política, y constató que no había pruebas suficientes de que llevara aparejados daños para las tortugas marinas. Esta decisión ha sido apelada ante el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos. En espera del resultado de la apelación, la política en cuestión sigue aplicándose.

3.54 Los Estados Unidos alegan, en consecuencia, que durante el plazo de aplicación de 13 meses han atendido todas las recomendaciones y resoluciones del OSD identificadas *supra*.

3.55 **Malasia** sostiene que los Estados Unidos han desvirtuado la constatación y el análisis del Órgano de Apelación al afirmar erróneamente que sus constataciones detalladas en relación con el preámbulo del artículo XX no se refieren a la propia norma legal del artículo 609, sino a la aplicación de la medida por los Estados Unidos.

3.56 Malasia aduce que la dicotomía propuesta por los Estados Unidos es errónea, debido a que la aplicación de la medida por los Estados Unidos en el contexto del cumplimiento de los tres requisitos del preámbulo es parte integrante de la norma del artículo 609, que el Órgano de Apelación ha

⁷⁵ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafos 27, 29, 30, 35, 37 y 38.

constatado que sólo provisionalmente estaba justificada. El incumplimiento por los Estados Unidos de los criterios exigidos por el preámbulo convierte al artículo 609 en un precepto que no está justificado en virtud del artículo XX del GATT.

3.57 Malasia añade que al determinar si los Estados Unidos habían cumplido los requisitos del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994, el Órgano de Apelación examinó la forma en que se había aplicado el artículo 609. El Órgano de Apelación consideró que había tres criterios que habían de cumplirse, relativos, respectivamente, a la discriminación arbitraria entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, la discriminación injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones y la restricción encubierta al comercio internacional. Hay que señalar que el Órgano de Apelación, en su análisis de esos tres criterios, encontró deficiencias de diversos tipos en la forma en que los Estados Unidos aplican el artículo 609 y formuló simultáneamente observaciones y comentarios al respecto.

3.58 Además, Malasia considera que para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD, la prohibición de las importaciones prevista en el artículo 609 no debía haberse modificado, sino suprimido, con el fin de permitir la importación sin restricciones de determinados camarones y productos del camarón. Malasia insiste en que el Órgano de Apelación amplió aún más los elementos de "discriminación injustificable" y "discriminación arbitraria" que es necesario suprimir para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.59 Malasia opina que, a pesar de las medidas adoptadas por los Estados Unidos, esos elementos de discriminación siguen existiendo y que los Estados Unidos deben demostrar al Grupo Especial que con las medidas de aplicación que han adoptado han cumplido plenamente los requisitos del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 y que no subsiste ningún tipo de incompatibilidad con el artículo XI del GATT. En consecuencia, Malasia alega y reitera que los Estados Unidos han de abordar todos y cada uno de los aspectos del cumplimiento de los elementos de los criterios relativos a la "discriminación injustificable" y a la "discriminación arbitraria" en los casos en que prevalecen las mismas condiciones.

3.60 Con respecto al preámbulo, Malasia sostiene que lo que está en litigio en este momento no es el apartado g) del artículo XX, como pretenden los Estados Unidos, sino la cuestión de si se han cumplido o no los requisitos del preámbulo del artículo XX, y especialmente de si los Estados Unidos han demostrado que existe una justificación, suficiente para que se considere que se cumplen los requisitos del preámbulo del artículo XX, para mantener la prohibición de las importaciones, basada en medidas unilaterales no adoptadas por consenso.

3.61 Los **Estados Unidos** alegan que el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD no exige que los Estados Unidos supriman la prohibición de las importaciones de camarones y productos del camarón capturados de una forma que entrañe daños para las especies amenazadas de tortugas marinas.

3.62 Los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación constató, en términos afirmativos, que el diseño y estructura general del artículo 609 -uno de cuyos elementos fundamentales es una prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón- están provisionalmente justificados al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁶ Los Estados Unidos alegan que las constataciones detalladas del Órgano de Apelación en relación con el preámbulo del artículo XX no se refieren a la propia norma legal del artículo 609, sino a la aplicación de la medida por los Estados Unidos y aducen que el preámbulo del artículo XX se refiere expresamente a la manera en que se aplica una medida.

⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 125 a 146.

3.63 Así pues, en opinión de los Estados Unidos, Malasia no está en lo cierto al afirmar que la única forma de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD consiste en suprimir la prohibición de las importaciones prevista en el artículo 609. Los Estados Unidos añaden que el informe del Órgano de Apelación dio a los Estados Unidos la posibilidad de proceder al cumplimiento mediante la modificación de la aplicación de la medida por ese país y manifiestan, en consecuencia, que los Estados Unidos optaron por esa posibilidad, y procedieron al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones sobre la base de un examen detenido del informe del Órgano de Apelación. Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas (CE), en su comunicación de tercero, coinciden con los Estados Unidos en que la posición de Malasia es incompatible con las constataciones del Órgano de Apelación.

b) Discriminación injustificable

i) *Evaluación acumulativa de los aspectos que se ha constatado que entrañan una discriminación injustificable*

3.64 Los **Estados Unidos** señalan que el Órgano de Apelación constató que el "efecto acumulativo" de determinados aspectos de la aplicación por ese país del artículo 609 constituía una "discriminación injustificable" entre países en que prevalecían las mismas condiciones. Los Estados Unidos consideran que la utilización por el Órgano de Apelación de la expresión "efecto acumulativo" es importante para el examen por el Grupo Especial del cumplimiento por parte de los Estados Unidos de las constataciones del Órgano de Apelación. De la utilización de esta expresión, cuidadosamente elegida, se infiere que las constataciones del Órgano de Apelación sobre la existencia de una discriminación injustificable dependían de un *conjunto* de aspectos de la aplicación del artículo 609, y que los Estados Unidos no tenían necesariamente que abordar *todos y cada uno* de esos aspectos para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación. No obstante, dado que ninguno de los aspectos de discriminación injustificable identificados por el Órgano de Apelación subsisten tras haberse modificado la medida de los Estados Unidos, el Grupo Especial no está obligado a examinar y aplicar en el presente procedimiento la constatación del Órgano de Apelación sobre el "efecto acumulativo".

3.65 Los Estados Unidos observan también que Hong Kong, China, discrepa de su posición de que el Órgano de Apelación ha empleado deliberadamente la expresión "efecto acumulativo" y de que la utilización de esa expresión puede ser importante; de que las constataciones del Órgano de Apelación sobre la existencia de una discriminación injustificable dependían de un *conjunto* de aspectos de la aplicación del artículo 609, y de que los Estados Unidos no tenían necesariamente que abordar *todos y cada uno* de esos aspectos para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación. No obstante, dado que tras la modificación de la medida estadounidense no subsiste ninguno de los aspectos de discriminación injustificable identificados por el Órgano de Apelación, el Grupo Especial no está obligado a tomar en consideración y aplicar en el presente procedimiento la constatación del Órgano de Apelación relativa a los "efectos acumulativos".

3.66 **Malasia** coincide con la declaración de los Estados Unidos de que la utilización por el Órgano de Apelación de la expresión "efecto acumulativo" es importante para el examen por el Grupo Especial del cumplimiento por los Estados Unidos de las constataciones del Órgano de Apelación. El término "cumulative" (acumulativo) se define⁷⁷ como "*forming an aggregate; the word signifies that two things are to be added together, instead of one being a repetition or in substitution of the other*" ("que integra un conjunto; la palabra indica que hay una suma de dos elementos, de los cuales uno no es una repetición del otro ni le sustituye"). No obstante, Malasia afirma que no comparte la afirmación de los Estados Unidos de que "no tenían necesariamente que abordar todos y cada uno de esos aspectos [de la aplicación por los Estados Unidos del artículo 609 que constituían una "discriminación injustificable"], para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación. Tampoco

⁷⁷ *Black's Law Dictionary*, 6ª edición, página 380.

coincide Malasia con los Estados Unidos en que este país "ha rectificado todas las deficiencias en la aplicación del artículo 609". Malasia sostiene que los Estados Unidos deben abordar todos y cada uno de esos aspectos para cumplir los elementos del criterio relativo a la "discriminación injustificable".

ii) *Los intentos de negociar y la cuestión de si un Miembro de la OMC está o no obligado a conseguir o tratar de conseguir un consenso internacional*

a) *Intentos de negociar*

3.67 Los **Estados Unidos** recuerdan que el Órgano de Apelación constató que las diferencias hechas entre países exportadores en los intentos de los Estados Unidos de negociar acuerdos sobre conservación contribuían a la constatación de existencia de una discriminación injustificable. El Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos entablaron negociaciones serias con algunos Miembros y no con otros (entre ellos los apelados) que exportan camarón a los Estados Unidos y declaró que el efecto de esa medida es simplemente discriminatorio e injustificable. Dicho de otra forma, según las constataciones del Órgano de Apelación, los Estados Unidos no emprendieron con las demás partes en la presente diferencia, así como con otros Miembros que exportan camarones a los Estados Unidos, negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos para la conservación de las tortugas marinas, con excepción de las negociaciones sobre la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas ("Convención Interamericana").

3.68 Con respecto a esta constatación, los Estados Unidos aclaran que es cierto que negociaron la Convención Interamericana antes de entablar negociaciones para el establecimiento del Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la Región del Océano Índico y Asia Sudoriental ("ME"), debido, en gran medida, a que inicialmente se entendió que el artículo 609 se aplicaría mucho antes a los países de la región interamericana. No obstante, los Estados Unidos han entablado posteriormente negociaciones tan serias como las anteriores con países de la región del Océano Índico y Asia Sudoriental.

3.69 Los Estados Unidos recuerdan asimismo que actualmente han ratificado la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas siete países. La Convención entrará en vigor 90 días después de que se haya depositado en poder del Gobierno de Venezuela el octavo instrumento de ratificación. Los Estados Unidos indican, además, que la negociación de esta Convención tuvo lugar de 1993 a 1996, cuando las restricciones a la importación impuestas por el artículo 609 habían afectado ya, en primer lugar, a países del Caribe y el Atlántico Occidental.

3.70 Los Estados Unidos alegan que ya en 1996 propusieron a gobiernos de la región del Océano Índico la negociación de un acuerdo para proteger a las tortugas marinas de esa región, pero no recibieron ninguna respuesta positiva. En 1998, antes incluso de que el Órgano de Apelación distribuyera su informe, los Estados Unidos reiteraron su deseo de entablar negociaciones a tal fin con los gobiernos interesados, incluido el de Malasia. En el verano de 1998, los Estados Unidos establecieron contactos informales con varios gobiernos de la región del Océano Índico, así como con numerosas organizaciones no gubernamentales, en el marco de sus esfuerzos para poner en marcha esas negociaciones.

3.71 Los Estados Unidos recuerdan además que el 14 de octubre de 1998, tras la publicación del informe del Órgano de Apelación, pero antes de que éste fuera adoptado por el OSD, reiteraron formalmente su propuesta a los representantes de las embajadas de los cuatro demandantes en Washington, D.C. Las embajadas de los Estados Unidos transmitieron el mismo mensaje a gran número de naciones de la región del Océano Índico. En todos los casos, los Estados Unidos presentaron una lista de los "elementos", que, a juicio de ese país, podrían servir de base para un

acuerdo de esa naturaleza. Los Estados Unidos manifestaron también claramente en diversas formas su voluntad de apoyar el proceso de negociación.⁷⁸

3.72 Los Estados Unidos destacan en sus comunicaciones que, en el marco de sus continuos esfuerzos para poner en marcha las negociaciones, los Estados Unidos participaron activamente en un simposio y taller sobre la conservación y biología de las tortugas marinas que se celebró en Sabah, Malasia del 15 al 17 de julio de 1999. El simposio condujo a la adopción de la Declaración de Sabah, en la que se pedía "la negociación y aplicación de un acuerdo regional global para la conservación y ordenación de las poblaciones de tortugas marinas y sus hábitat en la región indopacífica y del Océano Índico".⁷⁹

3.73 Los Estados Unidos recuerdan asimismo que, en octubre de 1999, el Gobierno de Australia dio acogida a una conferencia de seguimiento en Perth, Australia, destinada a examinar la conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental. Los Estados Unidos participaron también activamente en ella y aportaron fondos para sufragar los costos de la conferencia y facilitar la participación de representantes de países en desarrollo. En la Conferencia de Perth, los gobiernos participantes se comprometieron a elaborar un acuerdo internacional sobre la conservación de las tortugas marinas en esa región⁸⁰, y el Gobierno de Malasia fue posteriormente anfitrión de la primera ronda de negociaciones encaminadas a la conclusión de ese acuerdo, que se celebraron en Kuantan, Malasia, del 11 al 14 de julio de 2000. Los Estados Unidos también participaron activamente en ellas y aportaron importantes cantidades para cubrir los costos de la reunión y facilitar la participación de representantes de países en desarrollo. En las negociaciones participaron un total de 24 países, además de diversas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

3.74 Los Estados Unidos señalan que en la reunión de Kuantan se adoptó el texto de un memorándum de entendimiento no vinculante. En ella se redactó también un acta final, en la que se indicaba que, antes de finalizar el ME, debía negociarse e incorporarse como anexo al mismo un plan de conservación y ordenación. Está previsto que las negociaciones sobre ese plan tengan lugar en 2001.

3.75 En consecuencia, los Estados Unidos alegan que, de hecho, han atendido esta constatación del Órgano de Apelación, entablando negociaciones, no sólo con Malasia, sino también con las demás naciones de la región del Océano Índico para concertar un acuerdo sobre la conservación de las tortugas marinas, y que en los dos últimos años se han hecho importantes y notables progresos en esas negociaciones.

⁷⁸ US Department of State, *Possible Elements of a Regional Convention for the Conservation of Sea Turtles in the Indian Ocean*.

⁷⁹ Declaración de Sabah, julio de 1999.

⁸⁰ Resolución sobre la elaboración de un acuerdo regional del Océano Índico y Asia Sudoriental sobre la conservación y gestión de las tortugas marinas y sus hábitat, octubre de 1999.

3.76 Además, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial⁸¹ acerca de los esfuerzos de los Estados Unidos para recurrir a mecanismos internacionales con objeto de proteger las tortugas marinas a los que el Órgano de Apelación hacía referencia en su informe, los Estados Unidos responden que el principal de los mecanismos internacionales a los que hace referencia el Órgano de Apelación quizá sea la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). Los Estados Unidos son parte de la CITES y desempeñan una función destacada en sus órganos, en particular en las Conferencias de las Partes (CP).

3.77 Los Estados Unidos señalan que, durante bastante tiempo, todas las especies de tortugas marinas abarcadas por el artículo 609 han estado incluidas en la lista del apéndice I de la CITES. Los Estados Unidos apoyan plenamente su clasificación en esa categoría, que ha llevado aparejada esencialmente la prohibición del comercio internacional de tortugas marinas y productos de las tortugas marinas. Los Estados Unidos se han opuesto además firmemente y con éxito a los intentos que se han registrado en una reciente CP de la CITES de "rebajar la clasificación" de una determinada población de tortugas carey, relegándolas al apéndice II, lo que hubiera abierto de nuevo el comercio de las tortugas marinas en cuestión.

3.78 Los Estados Unidos aclaran además que, al clasificar todas esas especies de tortugas marinas en el apéndice I y mantener esa clasificación, la CITES ha hecho esencialmente todo lo que está a su alcance para proteger a las tortugas marinas amenazadas. La CITES no tiene encomendada expresamente por mandato la gestión de poblaciones de especies de la fauna silvestre, sino que únicamente regula el comercio internacional de las propias especies. En concreto, la CITES no tiene competencia para adoptar medidas destinadas a proteger a las tortugas marinas contra otros tipos de daños, incluida su muerte accidental por asfixia en las redes de pesca de arrastre de camarones.

3.79 En lo que respecta a las especies de tortugas, los Estados Unidos afirman que, desgraciadamente su inclusión en el apéndice I de la CITES no ha garantizado su supervivencia. De hecho, según los Estados Unidos, la mayoría de las especies de tortugas marinas, incluida la mayoría de las especies de tortugas marinas de la región del Océano Índico y Asia Sudoriental han seguido experimentando un rápido descenso después de su clasificación en las listas de la CITES, y algunas de ellas se encuentran al borde de la extinción.

3.80 En consecuencia, los Estados Unidos, aunque, tanto antes como después del informe del Órgano de Apelación, han apoyado y promovido activamente todos los esfuerzos de la CITES para proteger a las tortugas marinas, no consideran que sea posible basarse solamente en esos esfuerzos para alcanzar su objetivo de conservación efectiva de las tortugas marinas.

3.81 Los Estados Unidos observan que otro de los mecanismos internacionales a que se hace referencia en el informe del Órgano de Apelación es la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, conocida también como Convención de Bonn. Después de la distribución del informe del Órgano de Apelación, los Estados Unidos han colaborado con éxito con la secretaría de la Convención en los preparativos de las negociaciones para el establecimiento del ME. La Convención está aportando a esas negociaciones su competencia técnica reconocida y actuando como secretaría provisional para el ME.

⁸¹ La pregunta formulada por el Grupo Especial es la siguiente: "En relación con la constatación del Órgano de Apelación (WT/DS58/AB/R, párrafo 171) de que los Estados Unidos no han tratado de recurrir a los mecanismos internacionales existentes que permiten realizar esfuerzos conjuntos para proteger y conservar las tortugas marinas antes de imponer la prohibición de las importaciones, ¿podrían indicar los Estados Unidos si, después de la distribución del informe del Órgano de Apelación, los Estados Unidos han recurrido a esos mecanismos internacionales? En caso afirmativo, sírvanse indicar los acuerdos, los órganos y los procedimientos correspondiente. Si no es así, sírvanse aclarar por qué se ha considerado que ello no era posible, adecuado o pertinente."

3.82 Por último, los Estados Unidos aducen que desde la distribución del informe del Órgano de Apelación han recurrido en un grado considerable a la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) para alcanzar su objetivo de la conservación de las tortugas marinas. Con ayuda financiera de los Estados Unidos y otros Miembros que mantienen una posición similar, la UICN ha adoptado un programa activo de ayuda a los esfuerzos para la conservación de las tortugas marinas en diversas regiones. La UICN colabora con los Estados Unidos y otros países de la región interamericana en los preparativos para la entrada en vigor de la Convención Interamericana. La UICN ha apoyado además activamente el proceso de negociación para la conclusión del ME. En el último Congreso de la Conservación que celebró la UICN en Amman, Jordania, los Estados Unidos, en unión de las delegaciones de otros países, lograron que se aprobaran resoluciones en las que se instaba a realizar esfuerzos en todo el mundo para la conservación de las tortugas.

3.83 **Malasia**, aduce que antes de la imposición de la prohibición unilateral, los Estados Unidos no realizaron esfuerzos de cooperación y manifiesta que el informe del Órgano de Apelación destacó que "el hecho de que los Estados Unidos no han emprendido [...] 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 conservaciones de las tortugas marinas, antes de poner en aplicación de la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos otros Miembros" era otro aspecto que tenía un peso importante en cualquier determinación relativa a la discriminación injustificable.⁸²

3.84 Malasia sostiene que con respecto al hecho de que los Estados Unidos no hubieran "recurrido antes de manera consecuente a la diplomacia como instrumento de política de protección medioambiental, omisión que tiene efectos discriminatorios para los países que exportan camarón a los Estados Unidos, con los cuales no se han concluido acuerdos internacionales, o ni siquiera se ha intentado seriamente concluirlos"⁸³, el Órgano de Apelación destacó tres aspectos claramente sustantivos en relación con la importancia del consenso internacional para adoptar medidas ambientales en lugar de recurrir a medidas unilaterales. El Órgano de Apelación observó, en primer lugar, que el Congreso de los Estados Unidos reconoció expresamente la importancia de concluir acuerdos internacionales para la protección y conservación de las especies de tortugas marinas al promulgar el artículo 609, pero que, aparte de la negociación de la Convención Interamericana, los Estados Unidos no habían indicado ningún intento serio y sustancial de cumplir las instrucciones expresas del Congreso.

3.85 En segundo lugar, el Órgano de Apelación consideró que la protección y conservación de especies altamente migratorias de tortugas marinas exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas. El Órgano de Apelación indicó que la necesidad y conveniencia de tales esfuerzos habían sido reconocidas dentro de la OMC y en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales, como el principio 12 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, el párrafo 2.22 i) del *Programa 21*, el artículo 5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres y el informe del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC con ocasión de la Conferencia Ministerial de Singapur.⁸⁴

3.86 En tercer lugar, el Órgano de Apelación constató que la negociación con éxito de la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas constituye "una

⁸² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 166.

⁸³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 167 (el subrayado es de Malasia).

⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168.

demostración convincente de que los Estados Unidos disponían razonablemente de vías alternativas para lograr el objetivo legítimo de política ambiental de la medida por ellos aplicada, vías diferentes de los procedimientos unilaterales y no concertados que caracterizan la prohibición de las importaciones impuesta al amparo del artículo 609".⁸⁵ Según Malasia la fase, muy avanzada, en que se encuentran las negociaciones sobre el acuerdo regional del Océano Índico y Asia Sudoriental, y el reconocimiento de la eficacia del programa de conservación de las tortugas marinas de Malasia muestran asimismo que los Estados Unidos tienen razonablemente a su alcance otras vías diferentes para la protección de las tortugas marinas en Malasia. En consecuencia, Malasia reitera que corresponde a los Estados Unidos, que es el país que ha recurrido a las "excepciones" del artículo XX, la carga de probar lo contrario.

3.87 Malasia señala que el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto llegó en su informe a la conclusión de que "la mejor forma en que las partes en esta diferencia pueden contribuir de manera eficaz a la protección de las tortugas marinas en consonancia con los objetivos de la OMC, incluido el desarrollo sostenible, es la concertación de acuerdos de cooperación sobre estrategias integradas de conservación"⁸⁶ e indica que el Órgano de Apelación no ha revocado esta constatación del Grupo Especial.

3.88 En relación con los esfuerzos de cooperación de Malasia, ese país alega que, desde 1999, ha participado en conversaciones con los Estados Unidos y con otros países de Asia y ha acordado con ellos elaborar un ME, como se manifiesta en la Declaración de Sabah en julio de 1999 y en la Resolución de Perth de octubre de 1999. En la Conferencia de Kuantan, que tuvo lugar en Malasia en julio de 2000, Malasia, los Estados Unidos y otros 22 países adoptaron un Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental ("ME") y, en el acta final, acordaron celebrar en 2001 negociaciones sobre un plan de conservación y ordenación que se incorporaría como anexo a ese ME.

3.89 Con referencia al plan de conservación y ordenación en el marco del ME, cuyos detalles aún no se han finalizado, Malasia tiene entendido que los Estados Unidos se ofrecieron a preparar un proyecto de plan, que se espera que sea examinado en las próximas negociaciones que está previsto que se celebren en el primer trimestre de 2001. Malasia cree que Filipinas ha manifestado su interés por dar acogida a esta reunión. Se prevé que el plan abarque, entre otras cosas, la protección de las tortugas marinas, la venta y comercio de esas tortugas, la reducción de las amenazas que pesan sobre ellas, la investigación y educación en esa esfera, el intercambio de información, la creación de capacidad y la armonización de las leyes de los distintos países sobre la protección de las tortugas marinas. Las dos principales cuestiones pendientes de resolver son la financiación y el establecimiento de una secretaría. Un aspecto de especial interés es el lugar en que debe estar situada la secretaría.

3.90 Malasia no comparte la opinión de los Estados Unidos de que el ME no será jurídicamente vinculante siquiera una vez que se haya adoptado el plan de conservación y ordenación. Malasia afirma que los signatarios del ME han hecho patente su voluntad de hacer del mismo un instrumento jurídicamente vinculante en la Cláusula 4 de sus Principios Básicos, en la que los Estados signatarios manifestaron expresamente que "en su caso [...] considerarán la modificación del presente ME para hacerlo jurídicamente vinculante" (sin subrayar en el original). El hecho de que no se diga que los Estados signatarios podrán considerar la modificación del ME para hacerlo jurídicamente vinculante, sino que considerarán esa modificación, constituye una expresión de su propósito de darle un carácter jurídicamente vinculante, lo que pone de relieve que es realmente probable que el ME se convierta en

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 171.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.1.

un instrumento jurídicamente vinculante. La hipótesis de los Estados Unidos resulta aún más paradójica dado que de hecho la cláusula se incorporó a petición de ese país.

3.91 Malasia señala que el ME reconoce también la importancia de conseguir la participación de todos los Estados en actividades conjuntas de conservación y ordenación de las tortugas marinas y sus hábitat. Así pues, el mantenimiento por los Estados Unidos de la medida unilateral consistente en la imposición de la prohibición de las importaciones y la aplicación de normas establecidas unilateralmente constituyen actos contrarios a su obligación de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del ME, recogida en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3.92 Malasia añade que el ME está anexo al Acta Final de la reunión de negociación para la adopción del texto del ME, firmada el 14 de julio de 2000, que es un acuerdo internacional firmado por los representantes de varios países, entre ellos los Estados Unidos. Según el artículo 2 de la Convención de Viena se entiende por "tratado" un "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos". Además, en el Acta Final y en el ME hay también una remisión directa a la Convención sobre Especies Migratorias y a otros instrumentos internacionales.

3.93 Los propósitos de Malasia con respecto al ME se hacen patentes en el hecho de que ese país es signatario del Acta Final de la reunión de negociación para la adopción del texto del ME, en cuya Cláusula 4 de los principios básicos del ME se declara que los Estados signatarios, en su caso, considerarán la modificación del ME para hacerlo jurídicamente vinculante.

3.94 Malasia considera, que, aun cuando el ME no se convierta en un instrumento jurídicamente vinculante hasta que en 2001 se haya finalizado y anexo al ME el plan, los Estados Unidos están obligados, en virtud del principio de la buena fe, a abstenerse de actos unilaterales que frustren el fin de dicho instrumento de reconocer el derecho de los países exportadores, incluida Malasia, a seguir aplicando su programa de conservación de las tortugas marinas. Se ha confirmado que el programa de conservación de las tortugas marinas de Malasia es "uno de los mejores programas de conservación de tortugas marinas que existen en el mundo".⁸⁷ La prohibición unilateral de las importaciones por los Estados Unidos, por cuanto prescinde de la eficacia internacionalmente reconocida, del programa actual de conservación de tortugas marinas de Malasia y está en contradicción con el compromiso declarado de los Estados Unidos de finalizar el acuerdo multilateral sobre la conservación de las tortugas marinas en 2001, sigue constituyendo un medio "de discriminación arbitrario o injustificable entre países", prohibido por el artículo XX del GATT de 1994.

3.95 En opinión de los **Estados Unidos**, la aplicación de las medidas estadounidenses no frustra el fin del ME. El objetivo expreso de este instrumento es "la protección, conservación, reconstitución y recuperación de las poblaciones de tortugas marinas y sus hábitat, sobre la base de los testimonios científicos más concluyentes y teniendo en cuenta las características medioambientales, socioeconómicas y culturales de los Estados signatarios". El artículo 609 no socava en forma alguna este objetivo. En realidad, el artículo 609 responde al mismo objetivo básico que el ME: la conservación de las tortugas marinas. Además, habida cuenta de que el ME no regula el comercio internacional de camarones y productos del camarón, no cabe sostener que el mantenimiento de las restricciones comerciales en litigio en la presente diferencia esté en conflicto de ningún tipo con las disposiciones del ME. Los Estados Unidos recuerdan que, a su petición, se añadió el párrafo 4 de la sección relativa a los "principios básicos" del ME una cláusula en la que se indicaba que "en el momento oportuno, los Estados signatarios considerarán la modificación del presente Memorándum de entendimiento para hacerlo jurídicamente vinculante".

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, Anexo IV, transcripción de la reunión con los expertos celebrada los días 21 y 22 de enero de 1998, párrafo 69.

3.96 Malasia manifiesta que sus esfuerzos encaminados a lograr una solución negociada en relación con la cuestión de la conservación de las tortugas marinas en su región incluyen la participación en varias negociaciones y actividades conexas sobre la conservación de la naturaleza, los recursos naturales y el medio ambiente. A este respecto, Malasia:

- a) es parte en el Acuerdo de la ASEAN sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, firmado en 1985;
- b) participó en el primer simposio y taller de la ASEAN sobre biología y conservación de las tortugas marinas;
- c) es parte en el Memorándum de entendimiento de la ASEAN sobre conservación y protección de las tortugas marinas;
- d) es firmante de la Declaración de Langkawi sobre el medio ambiente, de 1989;
- e) participó en programas bilaterales y regionales sobre la conservación de las tortugas por conducto del Grupo de Trabajo para la Conservación de la Naturaleza de la ASEAN;
- f) es parte en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

3.97 En lo que respecta a las negociaciones multilaterales y bilaterales celebradas desde 1996, Malasia expresa que entre ellas figuran las siguientes:

- a) en 1996, Malasia creó la Zona de Patrimonio Protegido de las Islas de las Tortugas en cooperación con Filipinas, con el fin de elaborar medidas uniformes de protección de las tortugas en las islas;
- b) el mismo año, Malasia acogió el primer seminario del Centro de Desarrollo de la Pesca de Asia Sudoriental (SEAFDEC), dedicado a los estudios y la conservación de las tortugas marinas;
- c) Malasia participó en deliberaciones con los Estados Unidos y otros países asiáticos para elaborar el Acuerdo Regional sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la Región del Océano Índico y Asia Sudoriental, de conformidad con la Declaración de Sabah de julio de 1999 y la Resolución de Perth de octubre de 1999;
- d) en julio de 2000, Malasia acogió las negociaciones relativas a un Acuerdo Regional sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la Región del Océano Índico y Asia Sudoriental, y en esa ocasión se adoptó un Memorándum de entendimiento sobre la conservación y ordenación de las tortugas marinas y sus hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental (se prevé que pronto se terminará el plan de conservación y ordenación);
- e) Malasia acordó acoger conjuntamente con Tailandia la Conferencia Regional del Milenio sobre el Desarrollo de la Pesca Sostenible, en el marco de la ASEAN y el SEAFDEC, prevista para noviembre de 2001. Entre los temas que se abordarán figuran la gestión de las pesquerías, la acuicultura, las actividades posteriores a la cosecha y el comercio de la pesca;

- f) en abril de 2001, Malasia celebrará una conferencia nacional sobre conservación y gestión de las pesquerías; entre los temas que se abordarán figura la conservación de especies amenazadas, que incluyen las tortugas marinas;
- g) Malasia está tramitando su adhesión a la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres; y
- h) Malasia mantiene programas bilaterales y regionales de conservación de las tortugas por conducto del Grupo de Trabajo para la Conservación de la Naturaleza de la ASEAN.

3.98 Malasia sostiene que los elementos citados ponen de relieve los esfuerzos de Malasia tendientes a una acción destinada a la conservación y protección de las tortugas marinas.

- b) *La cuestión de si un Miembro de la OMC está obligado o no a conseguir o tratar de conseguir un consenso internacional antes de recurrir a la medida en litigio*

3.99 **Malasia** sostiene que, a fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Apelación, al vencimiento del plazo prudencial los Estados Unidos debían levantar la prohibición de importación mientras entablaban negociaciones para la conservación de las tortugas marinas. Como se mencionó anteriormente, la participación de los Estados Unidos en la elaboración de un Acuerdo Regional sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la Región del Océano Índico y Asia Sudoriental brinda pruebas concretas de que los Estados Unidos disponían razonablemente de otra línea de acción para asegurar el objetivo normativo de su medida, en lugar de imponer una prohibición de importaciones.

3.100 Al alegar que antes de imponer una prohibición de importaciones se deben llevar a cabo esfuerzos de cooperación para proteger y conservar las tortugas marinas, Malasia sostiene que no puede considerarse que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos, señalados en sus informes de situación al OSD⁸⁸, tengan ningún efecto retroactivo en lo que respecta a la eliminación de la existencia de la prohibición de importaciones, que estaba en vigor incluso antes de las medidas adoptadas por los Estados Unidos.

3.101 Para respaldar sus alegaciones, Malasia recuerda la siguiente constatación y conclusión contenida en el informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto:

"9.1 A nuestro juicio, y sobre la base de la información proporcionada por los expertos, la protección de las tortugas marinas en todas sus etapas de vida es importante y los DET son uno de los medios de protección recomendados dentro de una estrategia integrada de conservación. Consideramos que la mejor forma en que las partes en esta diferencia pueden contribuir de manera eficaz a la protección de las tortugas marinas en consonancia con los objetivos de la OMC, incluido el desarrollo sostenible, es la concertación de acuerdos de cooperación sobre estrategias integradas de conservación que abarquen, entre otras cosas, el diseño, la instalación y el empleo de DET teniendo al mismo tiempo en cuenta las condiciones específicas de las distintas zonas geográficas afectadas."⁸⁹

3.102 Los **Estados Unidos** alegan que el argumento de Malasia de que "los esfuerzos de cooperación para proteger y conservar las tortugas marinas se deben llevar a cabo antes de la imposición de una prohibición de importaciones" es incorrecto por tres razones:

⁸⁸ WT/DS58/15 y Add.1 a 4.

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.1.

- a) en primer lugar, la cuestión planteada en este procedimiento no se refiere a las medidas que los Estados Unidos deberían haber adoptado durante el decenio precedente para asegurar un trato comparable entre los países exportadores, sino si los Estados Unidos han tomado o no medidas adecuadas para abordar los aspectos de la aplicación del artículo 609 que el Órgano de Apelación consideró incompatibles con el preámbulo del artículo XX. Los Estados Unidos no podían viajar hacia atrás en el tiempo y entablar negociaciones con las partes reclamantes. En cambio, los Estados Unidos utilizaron adecuadamente el plazo prudencial para llevar a cabo negociaciones serias en materia de conservación de las tortugas marinas con Malasia y los demás países reclamantes. Como resultado de ello, al final del plazo prudencial, los Estados Unidos habían cumplido las recomendaciones y resoluciones relativas a la discriminación en el nivel de las negociaciones. Además, actualmente -un año después de la expiración del plazo prudencial en 1999- se han alcanzado nuevos progresos en dichas negociaciones.
- b) en segundo lugar, si Malasia alega que el Grupo Especial debe hacer caso omiso de las negociaciones llevadas a cabo durante el plazo prudencial porque las restricciones a la importación seguían en vigor, tal argumento es incompatible con el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. En particular, el párrafo 3 del artículo 21 establece que "en caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo". En este caso, los Estados Unidos y los cuatro reclamantes acordaron un plazo prudencial de 13 meses. Los Estados Unidos tenían derecho en virtud del ESD a mantener las restricciones a la importación durante el plazo prudencial, y los Estados Unidos cumplieron sus obligaciones dimanantes del ESD al utilizar ese plazo para modificar las directrices revisadas, ofrecer y prestar asistencia técnica y entablar negociaciones previas y de buena fe sobre la conservación de las tortugas marinas. Por consiguiente, la medida, modificada al final del plazo prudencial, cumple las recomendaciones y resoluciones del OSD.
- c) en tercer lugar, en ninguna parte de su informe el Órgano de Apelación indicó que los Estados Unidos debían levantar su prohibición a la importación. De hecho, la prohibición de importaciones de camarones capturados de manera perjudicial para las especies amenazadas de tortugas marinas forma parte del diseño general y la estructura de la medida estadounidense, que el Órgano de Apelación constató que se justificaba provisionalmente a tenor de lo dispuesto en el apartado g) del artículo XX. Como se ha observado, el Órgano de Apelación, en cambio, expresó su preocupación respecto de la *aplicación* del artículo 609, un elemento de la cual fue el alcance de los esfuerzos encaminados a celebrar negociaciones con distintos países. Al abordar este aspecto de la *aplicación* del artículo 609, sin eliminar la prohibición de determinadas importaciones de camarones, los Estados Unidos han cumplido directa y lealmente las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.103 Los Estados Unidos hacen notar asimismo que, en su comunicación en calidad de tercero, las Comunidades Europeas (CE) "coinciden [con los Estados Unidos] en que no sería razonable interpretar la constatación del Órgano de Apelación en el sentido de que exige a los Estados Unidos "que viajen hacia atrás en el tiempo" y entablen negociaciones en algún momento del pasado".

3.104 Como "corolario" de sus comunicaciones sobre la necesidad de un consenso internacional preliminar, **Malasia** aduce que no se puede imponer ninguna medida unilateral para abordar cuestiones ambientales antes de que se alcance un consenso internacional. A juicio de Malasia, esto se ve especialmente corroborado por las referencias que hizo el Órgano de Apelación a distintos instrumentos y declaraciones internacionales. En ausencia de toda norma internacional mutuamente acordada para conservar y proteger las tortugas marinas, se debe respetar el reconocimiento del

derecho soberano de cada país a gestionar y mantener su propio programa de conservación de las tortugas marinas. Ello está en concordancia con el principio de la soberanía nacional, que se reconoce en varios tratados multilaterales sobre el medio ambiente, en particular los artículos XIII y XIV de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), los artículos 3 y 5 del preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el artículo 3 y el preámbulo del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. (CMNUCC).⁹⁰

3.105 Los **Estados Unidos** alegan que la regla propuesta por Malasia evidentemente no es un corolario de ninguna constatación del Órgano de Apelación. Por el contrario, esa regla es manifiestamente incompatible con el informe del Órgano de Apelación y en la práctica eliminaría la excepción prevista en el apartado g) del artículo XX. En realidad, Malasia presentó este mismo argumento al Órgano de Apelación y éste se negó a adoptarlo.⁹¹

3.106 Los Estados Unidos recuerdan que el Órgano de Apelación constató que el diseño general y la estructura del artículo 609 se justificaban provisionalmente al amparo del párrafo g) del artículo XX, pero que algunos aspectos de la *aplicación* del artículo 609 eran incompatibles con el preámbulo del artículo XX. Una parte del diseño general y la estructura del artículo 609 determinaba que los Estados Unidos *iniciarán* negociaciones sobre la conservación de las tortugas marinas con los países afectados. No obstante, los Estados Unidos sostienen que la ley no prevé la *terminación* de esas negociaciones antes de la fecha de entrada en vigor de la prohibición selectiva de importaciones. Y, de hecho, cuando la prohibición de importaciones al amparo del artículo 609 entró en vigor no habían culminado tales negociaciones con ninguno de los países exportadores. El Órgano de Apelación no constató ninguna deficiencia en este aspecto fundamental de la medida estadounidense. Por tanto, el Órgano de Apelación aprobó una medida que, por su diseño y estructura era incompatible con el supuesto "corolario" propuesto por Malasia.

3.107 En lo que respecta al argumento de Malasia sobre esta cuestión particular, los Estados Unidos consideran que tal "corolario" en el informe del Órgano de Apelación equivaldría a un grave error jurídico. Los Estados Unidos alegan que el "corolario" de Malasia es incompatible con el razonamiento del Órgano de Apelación en lo que respecta a las negociaciones. La discriminación injustificable que constató el Órgano de Apelación consistía en que los esfuerzos de los Estados Unidos encaminados a negociar con países del hemisferio occidental fueron más amplios que las negociaciones celebradas con los países reclamantes del Océano Índico. Como los Estados Unidos no terminaron las negociaciones con los países del hemisferio occidental antes de imponer la prohibición de importaciones, el hecho de que los Estados Unidos tampoco hubieran completado las negociaciones con los países del Océano Índico no representa un caso de "discriminación injustificable". Por el contrario, este aspecto del artículo 609 da lugar al *mismo* tratamiento para los países del Océano Índico y los del hemisferio occidental.

3.108 Los Estados Unidos alegan asimismo que, al comparar el tiempo que llevó la negociación de la Convención interamericana con el que está llevando la negociación del Memorándum de Entendimiento, se debe tener también en cuenta que la primera es un instrumento jurídicamente vinculante, mientras que el segundo no lo es. Los instrumentos jurídicamente vinculantes casi siempre requieren más tiempo para su negociación y conclusión que los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes, aunque sólo sea porque los primeros son objeto de un examen más a fondo.

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.99.

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.275 (en el que se resume el argumento de Malasia en el sentido de que las medidas de conservación sólo pueden adoptarse de forma cooperativa); informe del Órgano de Apelación, párrafo 52 (en el que se incluye por referencia el argumento presentado por Malasia al Grupo Especial sobre esta cuestión).

A menudo los gobiernos suelen dedicar más atención a la redacción de las disposiciones de instrumentos jurídicamente vinculantes, que deben ser aprobados por autoridades de rango máximo, que la que dedican a la elaboración de disposiciones pertenecientes a instrumentos que no son jurídicamente vinculantes. Este grado de atención más intenso por lo general significa que los períodos de negociación son más prolongados.

3.109 **Malasia** sostiene que los Estados Unidos han interpretado erróneamente la comunicación de Malasia. El "corolario" de que no se puede imponer ninguna medida unilateral para abordar cuestiones ambientales antes de que se alcance un consenso internacional tiene como premisa la declaración hecha por Malasia, tras analizar el examen que ha realizado el Órgano de Apelación del criterio relativo a la "discriminación injustificable" de que es necesario emprender esfuerzos de colaboración para proteger a las tortugas marinas antes de imponer la prohibición de las importaciones. Hay que destacar que se han utilizado las palabras "no se puede imponer" en lugar de "no se impondrán". El Órgano de Apelación, al examinar el criterio relativo a la "discriminación injustificable" consideró imprescindible el recurso a los "esfuerzos de colaboración", los "mecanismos internacionales" y el "consenso internacional" con objeto de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas antes de imponer la prohibición de las importaciones. Así se infiere de la decisión del Órgano de Apelación en la que se reconocía que dentro de la propia OMC y en una serie de instrumentos y declaraciones internacionales se manifestaba esencialmente que en la medida de lo posible las medidas ambientales destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían basarse en un consenso internacional y que se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador.⁹² En función de este razonamiento, no es correcto que los Estados Unidos declaren que Malasia parece volver a un punto anterior a este argumento. Malasia sostiene que la declaración de que el informe del Órgano de Apelación no excluyó la posibilidad de que estuvieran legalmente justificadas restricciones unilaterales de las importaciones basadas en el artículo XX cuando no fuera posible concertar acuerdos internacionales para la protección de las tortugas marinas es compatible con el razonamiento expuesto.

3.110 Los Estados Unidos observan que Australia, en su comunicación en calidad de tercero, se muestra preocupada por el mantenimiento de una prohibición de importaciones basada en un criterio de conservación determinado unilateralmente para abordar una cuestión ambiental transfronteriza o mundial. Australia presenta un argumento jurídico para respaldar su preocupación en materia de políticas. Los Estados Unidos aducen que para fundar este argumento se pasa injustificadamente de una descripción de las constataciones del Órgano de Apelación a la errónea premisa de que los Estados Unidos deben demostrar que su prohibición de importaciones "se basa actualmente en procedimientos concertados y multilaterales". Australia no menciona ninguna constatación del Órgano de Apelación en el sentido de que las medidas ambientales se deben basar en "procedimientos concertados y multilaterales" y, en realidad, el Órgano de Apelación no formuló tal constatación.

3.111 Los Estados Unidos alegan que el Órgano de Apelación utilizó la expresión "procedimientos concertados y multilaterales" sólo en una ocasión al examinar la Convención interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas. Concretamente, el Órgano de Apelación observó que: "[l]a Convención interamericana demuestra la convicción de sus signatarios, incluidos los Estados Unidos, de que se dispone de procedimientos concertados y multilaterales para el establecimiento de programas para la conservación de las tortugas marinas y que éstos son viables".⁹³ Los Estados Unidos aducen que, a partir de esta observación el Órgano de Apelación no salta, como hace Australia, a la conclusión de que todas las medidas ambientales se deben basar en

⁹² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168.

⁹³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 170 (el subrayado es de los Estados Unidos).

"procedimientos concertados y multilaterales," ni de que todos los países que han participado en negociaciones similares comparten tales convicciones. En rigor, esas conclusiones serían ilógicas e indefendibles ya que, según sean las posiciones de las partes en la negociación, puede no ser posible llegar a un consenso.

3.112 Los Estados Unidos observan que Australia también expone un argumento conexo, en el sentido de que los progresos alcanzados en las negociaciones regionales en curso con la región del Océano Índico y del Asia Sudoriental demuestran que los Estados Unidos disponen de otra vía para abordar sus preocupaciones relativas a la conservación de las tortugas marinas. A juicio de los Estados Unidos, este argumento se basa en dos premisas erróneas. En primer término, Australia supone que, antes de invocar la excepción prevista en el apartado g) del artículo XX, un Miembro de la OMC debe agotar todas las posibilidades para lograr sus objetivos por otros medios. El Acuerdo sobre la OMC no contiene tal prescripción, y el Órgano de Apelación no formuló ninguna constatación a este respecto. En rigor, el Órgano de Apelación constató positivamente que los medios previstos en la medida adoptada por los Estados Unidos guardaban una razonable relación con sus fines, esto es, la conservación de las tortugas marinas.

3.113 En segundo término, añaden los Estados Unidos, los progresos realizados en las negociaciones multilaterales en la región del Océano Índico y del Asia Sudoriental no se traducirán necesariamente en el logro del objetivo ambiental que persigue la medida estadounidense. En otras palabras, las negociaciones pueden o no dar lugar a medidas acordadas multilateralmente que salvarán de la extinción a las tortugas marinas. No obstante, hay un hecho más cierto: si se adoptan medidas insuficientes para reducir la mortalidad accidental de tortugas marinas en operaciones de las redes de arrastre utilizadas para la pesca del camarón, las tortugas marinas estarán condenadas a una extinción irrevocable y permanente. En resumen, el hecho de que los Estados Unidos hayan entablado negociaciones multilaterales no puede utilizarse, como sugiere Australia, como fundamento para constatar que los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.114 En tercer término, los Estados Unidos recuerdan asimismo que el Órgano de Apelación emplea esta observación para apoyar su constatación de que el hecho de que los Estados Unidos no negociaran seriamente con algunos países, pero que lo hicieran con otros Miembros que exportan camarón a los Estados Unidos, dio lugar a una discriminación injustificable de conformidad con el preámbulo del apartado g) del artículo XX. Los Estados Unidos alegan que el Órgano de Apelación menciona reiteradamente que la cuestión residía en si los Estados Unidos habían *entablado* o no negociaciones con los apelados; en ninguna parte el Órgano de Apelación dio a entender que imponía el requisito de que las partes en esas negociaciones debían alcanzar un acuerdo. En rigor, tal requisito *a priori*, como expresó el Órgano de Apelación, "*inutilizaría*" el artículo XX. Si el país importador y el país exportador llegan a un acuerdo sobre una determinada medida de conservación, es improbable que ninguno de ambos Miembros de la OMC necesiten recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. El informe del Órgano de Apelación expresamente rechazó el establecimiento de tales criterios *a priori* para la aplicación de las excepciones previstas en el artículo XX, y lo hizo en los términos más categóricos posibles⁹⁴:

En efecto, el Grupo Especial elaboró un criterio *a priori* que trata de definir una categoría de medidas que *ratione materiae*, quedan fuera de la protección justificativa del preámbulo del artículo XX. En el presente caso, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida de los Estados Unidos en cuestión entraba en la categoría de las medidas excluidas porque el artículo 609 condiciona el acceso de los camarones al mercado interno de los Estados Unidos a la adopción por los países exportadores de ciertas políticas de conservación prescritas por los Estados Unidos. Nos parece, no obstante, que condicionar el acceso al mercado interno de un

⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 121 (el subrayado es de los Estados Unidos).

Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones a) a j) del artículo XX. Los párrafos a) a j) incluyen medidas que están reconocidas como excepciones a obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994, porque se ha reconocido un carácter importante y legítimo a la política interna implícita en esas medidas. No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por algunas de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita a priori la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.

3.115 En respuesta a las objeciones de Malasia a las determinaciones unilaterales de los Estados Unidos en virtud del artículo 609, los Estados Unidos aclaran que ni el informe del Órgano de Apelación ni el texto del preámbulo del artículo XX excluyen la posibilidad de que un Miembro importador formule ciertas determinaciones en relación con productos importados. El criterio establecido en el preámbulo del artículo XX se refiere al hecho de que una medida se aplique o no en una forma que dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable, y no al hecho de que las determinaciones hayan sido formuladas por un Miembro de forma aislada o en unión de otros Miembros. Un sólo Miembro puede actuar de forma equitativa y sin discriminaciones, y a la inversa, el carácter multilateral de las medidas no garantiza la inexistencia de discriminaciones.

3.116 Además, del preámbulo del artículo XX se desprende claramente que cualquier Miembro de la OMC puede recurrir aisladamente a esta disposición. A este respecto, merece la pena citar los términos precisos del preámbulo del artículo XX:

"A reserva de que no se *apliquen* las medidas enumeradas a continuación *en forma* que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las partes 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 [enumeradas en los párrafos a) a j)]." (Las cursivas son de los Estados Unidos.)

3.117 Por último, los Estados Unidos aclaran que el Grupo Especial ha de examinar si la medida -es decir los actos de los Estados Unidos- es compatible con el preámbulo del artículo XX. Los Estados Unidos pueden controlar sus actos, y son responsables de ellos. En consecuencia, los Estados Unidos pueden adoptar medidas destinadas a cumplir las prescripciones del preámbulo haciendo *esfuerzos* para llevar a cabo negociaciones. En cambio, no pueden controlar los actos de sus interlocutores en la negociación ni pueden ser considerados responsables de ellos. Carecería de sentido que la cuestión del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones por los Estados Unidos dependiera de los actos de otros Miembros de la OMC, incluidas las partes reclamantes. Eso es exactamente lo que ocurriría si, como sugiere Malasia, los Estados Unidos estuvieran obligados a llegar a un acuerdo con otras partes antes de aplicar la medida.

iii) Otros aspectos

a) Examen de la situación de los países exportadores en las Directrices Revisadas

3.118 Los **Estados Unidos** alegan que, con el objeto de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, introdujeron modificaciones en las Directrices de 1996, que rigen la aplicación del artículo 609. Con ese propósito, el 25 de marzo de 1999, el Departamento de Estado de los Estados Unidos publicó un aviso en el *Federal Register* en el que se resumió el informe del Órgano de

Apelación, se propusieron medidas mediante las cuales los Estados Unidos aplicarían las recomendaciones y resoluciones del OSD y se recabaron observaciones de cualquiera de las partes interesadas.⁹⁵ El 8 de julio de 1999, el Departamento de Estado publicó un segundo aviso en el *Federal Register* de los Estados Unidos, en el que se resumieron las observaciones recibidas y se enunciaron las medidas que los Estados Unidos adoptarían para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, teniendo en cuenta esas observaciones.⁹⁶

3.119 Los Estados Unidos indican también que el Órgano de Apelación constató que la deficiencia más patente en la aplicación del artículo 609 es el aparente requisito de que "todos los Miembros exportadores [...] adopten esencialmente la misma política (junto con un programa aprobado para exigir el cumplimiento) que la que se aplica, y cuya observancia se exige, a los arrastreros estadounidenses dedicados a la pesca del camarón".⁹⁷

3.120 Los Estados Unidos alegan que abordaron directamente esta "deficiencia más patente" mediante la adopción de las Directrices Revisadas a las que se sometió la aplicación del artículo 609. Estas Directrices Revisadas introducen una mayor flexibilidad mediante una amplia variedad de medios. En particular, un país puede obtener una certificación en la que se exprese que dispone de un programa comparable de conservación de las tortugas marinas incluso si dicho país no adopta un programa de DET, y los Estados Unidos tendrían "plenamente en cuenta cualesquiera diferencias que se haya demostrado que existen entre las condiciones en que se realiza la pesca del camarón en los Estados Unidos y las condiciones en que se realice esa pesca en otras naciones".⁹⁸

3.121 Los Estados Unidos recuerdan también que otro aspecto de la aplicación del artículo 609 que contribuyó a que el Órgano de Apelación constatará la existencia de una discriminación injustificable fue que "en el momento en que esta diferencia se sometió al Grupo Especial y al presente Órgano, los Estados Unidos no permitían las importaciones de camarones capturados por los arrastreros comerciales dedicados a la pesca del camarón que utilizaban DET comparables en eficacia a los exigidos en los Estados Unidos cuando esos camarones procedían de aguas de países que no habían recibido el certificado de conformidad con el artículo 609".⁹⁹ No obstante, los Estados Unidos modificaron este aspecto de la aplicación del artículo 609 incluso antes de que se diera a conocer el informe del Órgano de Apelación. Concretamente, desde agosto de 1998, los Estados Unidos han permitido la importación de camarones capturados por medio de DET, incluso si el país exportador no dispone de certificación de conformidad con el artículo 609.

3.122 **Malasia** alega que un examen de las Directrices Revisadas demuestra que aún siguen estando muy sesgadas en el sentido de exigir el cumplimiento de las normas relativas a la pesca del camarón incluso cuando las condiciones de pesca de una nación pesquera no presentan una amenaza para las tortugas marinas ni cuando esta nación adopta un programa reglamentario que tenga la característica común de la "captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre" (el subrayado es de Malasia). Esto se desprende claramente de la parte titulada "Directrices para adoptar las decisiones sobre los certificados".

⁹⁵ Notice of Proposed Revisions to the Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162, Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations, US Department of State, *Federal Register* vol. 64, No. 57, 25 marzo de 1999, Public Notice 3013, páginas 14481 a 14485.

⁹⁶ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe.

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

⁹⁸ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, sección II. B. a) 2).

⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 165.

3.123 Malasia aduce que los Estados Unidos no han abordado otros aspectos de la aplicación de la medida estadounidense que constituyen una discriminación injustificable constatada por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación expresó que el artículo 609 es "de hecho un embargo económico que exige a todos los Miembros exportadores, que deseen ejercer los derechos que le corresponden en virtud del GATT, que adopten *esencialmente la misma* política (junto con un programa aprobado para exigir el cumplimiento) que la que se aplica, y cuya observancia se exige, a los arrastreros estadounidenses dedicados a la pesca del camarón".¹⁰⁰ Malasia sostiene que este elemento que exige a "todos los Miembros exportadores" que adopten "*esencialmente la misma*" política sigue existiendo en las Directrices Revisadas. Sin perjuicio de las Directrices Revisadas, el artículo 609 sólo autoriza la importación de camarones pescados por barcos arrastreros comerciales que utilizan DET de una efectividad comparable a los obligatorios en los Estados Unidos.¹⁰¹ Por lo tanto, Malasia insiste en que esto sólo autoriza la importación de camarones capturados exclusivamente por medios que estén de conformidad con el programa estadounidense.¹⁰²

3.124 Malasia alega asimismo que, al establecer esta condición, los Estados Unidos someten a los países exportadores a su propio criterio, determinado unilateralmente, respecto de lo que constituyen "medios que no representen una amenaza para las tortugas marinas". Por consiguiente, para que sus camarones entren en los Estados Unidos, una nación pesquera tendrá que adoptar un medio de captura de camarones que los Estados Unidos consideren que no representa una "amenaza para las tortugas marinas". Por lo tanto, las naciones pesqueras tendrán que adoptar "*esencialmente la misma* política" que la de los Estados Unidos si desean ejercer sus derechos en el marco del GATT. A juicio de Malasia, ese es el "efecto deliberado y efectivamente coactivo con respecto a las decisiones de política concreta adoptada por los gobiernos extranjeros" que, según el Órgano de Apelación, constituye la "deficiencia más patente"¹⁰³ de la medida estadounidense.

3.125 Malasia aduce que su reclamación se refiere al hecho de que las Directrices Revisadas exigen que las naciones pesqueras dispongan de medidas de conservación comparables a las de los Estados Unidos para que el producto pueda exportarse a este país. En otros términos, para que el producto pueda introducirse en los Estados Unidos, la nación pesquera debe tener un programa de conservación de las tortugas que sea comparable al de ese país. El efecto de esto es que las naciones pesqueras soberanas se ven forzadas a adoptar medidas de conservación de las tortugas marinas comparables a las establecidas unilateralmente por los Estados Unidos.

3.126 Además, Malasia sostiene que no existe cumplimiento porque Malasia tiene el derecho soberano de vigilar su propio programa de conservación destinado a la protección de las tortugas marinas y no incumbe a los Estados Unidos el examinar la eficacia del programa de Malasia en comparación con el de los Estados Unidos, al no existir ningún criterio mutuamente acordado aplicable a la eficacia de tales programas de conservación. Por otra parte, la pesada carga impuesta a Malasia de demostrar a los Estados Unidos que está haciendo observar un "programa reglamentario de eficacia comparable" (incluso sin la utilización de DET) mediante datos empíricos respaldados por estudios científicos objetivos de duración y alcance suficientes constituye "un abuso o uso indebido de una excepción prevista en el artículo XX [ya que] las disposiciones detalladas relativas a la aplicación de la medida [las Directrices Revisadas] prescriben una actividad arbitraria o injustificable".¹⁰⁴

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

¹⁰¹ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 2.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

¹⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 160.

3.127 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial en relación con la hipótesis de que Malasia solicitara la certificación de los Estados Unidos¹⁰⁵, Malasia afirma que no debería estar sujeta a la aplicación de disposiciones cuya deficiencia se ha constatado. La disposición en cuestión sigue siendo deficiente a pesar de las modificaciones introducidas en el artículo 609. Además, Malasia mantiene que ninguna nación soberana debe estar sometida al criterio establecido unilateralmente por los Estados Unidos sobre la forma en que ha de llevarse a cabo la conservación de las tortugas marinas, aspecto éste que es el mismo que el Órgano de Apelación consideró deficiente.

3.128 Desde el procedimiento del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, Malasia ha sostenido que las condiciones de pesca de los camarones en ese país no son las mismas que en los Estados Unidos. La referencia de las Directrices Revisadas a la "captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre" (sin subrayar en el original) no tiene en absoluto en cuenta el hecho de que otras naciones pescadoras, como Malasia, no practican la pesca comercial del camarón con redes de arrastre, como hacen los Estados Unidos. En consecuencia, Malasia está desde un principio en desventaja por esta razón. Dado que no practica la pesca de camarón con redes de arrastre, Malasia no puede acogerse a las directrices revisadas, ya que éstas tratan sólo de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre, en tanto que en Malasia el camarón es una especie que se captura incidentalmente en las operaciones de pesca de peces con redes de arrastre, por lo que la captura accidental de tortugas marinas en Malasia se produce como consecuencia de esas operaciones. Por ello, Malasia alega que el programa de conservación de las tortugas de Malasia nunca puede ser comparable al de los Estados Unidos. Aunque se ha constatado que las medidas de conservación de las tortugas de Malasia constituyen uno de los mejores programas del mundo éste nunca podría ser comparable al de los Estados Unidos, ya que el programa de Malasia se ajusta a las condiciones singulares de ese país.

3.129 Malasia toma nota de la alegación de los Estados Unidos de que ese país no ha tenido oportunidad de tener en cuenta las circunstancias singulares que existen en Malasia porque Malasia no ha solicitado la certificación, y por consiguiente no se le han puesto de manifiesto esas circunstancias. Malasia sostiene que no corresponde a los Estados Unidos examinar unilateralmente las condiciones prevalecientes en Malasia y formular posteriormente una decisión unilateral acerca de si el programa de ese país es comparable con el programa establecido unilateralmente por los Estados Unidos. No puede someterse a ninguna nación soberana a un examen de esa naturaleza. Esa es otra de las razones por las que Malasia no ha optado por solicitar la certificación.

3.130 Malasia, aclarando este extremo en su respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de si el número de tortugas capturadas accidentalmente en el curso de la pesca del camarón con redes de arrastre es muy elevado, responde que la captura accidental de tortugas sólo se produce en el curso de las operaciones de pesca de peces con redes de arrastre. Malasia no practica la pesca del camarón con redes de arrastre. Además, en Malasia la mortalidad de las tortugas marinas no es imputable a las actividades pesqueras, sino a otras causas, como por ejemplo, la contaminación. A veces las tortugas mueren asfixiadas por ingerir materiales plásticos vertidos en el mar, que confunden con alimentos.

¹⁰⁵ La pregunta del Grupo Especial es la siguiente: "En caso de que Malasia solicitara la certificación de los Estados Unidos ¿habría en el programa [de conservación de las tortugas marinas] de Malasia elementos [...] que harían imposible que los Estados Unidos concedieran la certificación? ¿Por qué?" En respuesta a esta pregunta, los Estados Unidos respondieron que no hay ningún elemento en el programa de Malasia [...] que impediría que los Estados Unidos otorgaran a Malasia un certificado de conformidad con el artículo 609. Como se establece en las Directrices de aplicación del artículo 609 [las Directrices Revisadas] [...], los Estados Unidos examinarían toda prueba documental que Malasia desee presentar para demostrar que su programa reglamentario para proteger las tortugas marinas durante la pesca del camarón es comparable al programa de los Estados Unidos. El hecho de que Malasia prefiera proteger las tortugas marinas utilizando medios que no suponen la utilización de DET no impide la certificación, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas en las Directrices para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD."

3.131 En suma, Malasia recuerda que los Estados Unidos han impuesto unilateralmente una prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón procedentes de Malasia, así como un sistema de certificación que no tiene en cuenta la eficacia, reconocida internacionalmente, del programa de conservación de las tortugas marinas de Malasia sin la utilización de DET ni las circunstancias particulares que prevalecen en Malasia. Malasia alega que esto ocasiona una constante "discriminación [...] injustificable entre los países", prohibida en el preámbulo del artículo XX.

3.132 A juicio de los **Estados Unidos**, Malasia aduce que las Directrices Revisadas no son más flexibles porque siguen exigiendo la "comparabilidad" con el programa de DET de los Estados Unidos. Ahora bien, este argumento refleja una interpretación fundamentalmente errónea del informe del Órgano de Apelación. El artículo 609, como parte de su estructura esencial puesta de manifiesto por el Órgano de Apelación, exige una comparación entre los programas de los Estados Unidos y los de otros países. Según alegan los Estados Unidos, el Órgano de Apelación constató que este aspecto del artículo 609 se relacionaba razonablemente con la conservación de las tortugas marinas y quedaba incluido provisionalmente en el ámbito del apartado g) del artículo XX. La deficiencia constatada por el Órgano de Apelación consistía en que las Directrices de los Estados Unidos parecían exigir a los países exportadores que adoptaran una política *concreta* para alcanzar una determinada tasa de capturas de tortugas marinas en la pesca de camarón. Esta deficiencia ha sido explícitamente abordada en las Directrices Revisadas. Estas Directrices dicen claramente que los países que procuran obtener la certificación pueden escoger cualquier política, mientras el resultado sea comparable al programa de los Estados Unidos en lo que se refiere a la conservación de las tortugas marinas.

3.133 Para explicar las particularidades de las Directrices Revisadas y su cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos, en su respuesta a una pregunta¹⁰⁶ del Grupo Especial, destacaron la manera en que las Directrices Revisadas se aplican y de qué modo se comparan las distintas políticas, concediendo suficiente flexibilidad a los solicitantes.

3.134 Los Estados Unidos explican que, con respecto a cualquier país que exprese su interés en este asunto [es decir, que solicite la certificación], el Departamento de Estado solicita toda la información que el país pueda tener para indicar que ha adoptado un programa reglamentario para la protección de las tortugas marinas en su pesca comercial del camarón, comparable al programa de los Estados Unidos. El Departamento de Estado examina cuidadosamente esta información, en consulta con el Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos, a la luz de las disposiciones del artículo 609 y las Directrices Revisadas correspondientes.

3.135 Los Estados Unidos alegan que no sólo examinan el programa reglamentario para la conservación de las tortugas marinas, sino que también tienen en cuenta la restante información disponible acerca del entorno pesquero y las poblaciones de tortugas marinas del país, facilitada por el país en cuestión, y la que puedan aportar otras fuentes reputadas, con inclusión de las organizaciones reconocidas en el campo científico, pesquero, industrial y ambiental.

3.136 Los Estados Unidos aclaran que los funcionarios del Departamento de Estado y del Servicio Nacional de Pesca Marítima viajan además al país en cuestión para entablar un diálogo directo con sus homólogos del gobierno de dicho país. La finalidad de estas visitas es examinar el programa reglamentario del país, responder a preguntas acerca de su comparación con el programa de los Estados Unidos y examinar en la práctica algunos aspectos del programa de dicho país. Por ejemplo, si el programa de un país exige la utilización de dispositivos de DET, los funcionarios estadounidenses colaboran con los funcionarios extranjeros para examinar el diseño y la instalación de

¹⁰⁶ La pregunta es la siguiente: "¿Podrían los Estados Unidos describir el método utilizado para evaluar la comparabilidad entre los programas reglamentarios extranjeros y el programa estadounidense? Por ejemplo, ¿podrían los Estados Unidos facilitar al Grupo Especial información en la que se describa de qué manera se lleva a cabo esta evaluación en los casos de Australia y el Pakistán?".

esos DET, así como los esfuerzos realizados para asegurar al menos una observancia adecuada. Las visitas incluyen casi siempre la prestación de asistencia técnica sobre el terreno a los pescadores y los administradores de pesquerías.

3.137 Los Estados Unidos ofrecen dos ejemplos concretos de países cuyos camarones y productos del camarón se exportan a los Estados Unidos después de haber solicitado la certificación una vez adoptadas las Directrices Revisadas: Australia y el Pakistán. Con respecto a Australia, los Estados Unidos mencionan que este país no ha solicitado la certificación de conformidad con el artículo 609, sino que ha procurado exportar los camarones capturados en dos zonas de Australia (el Golfo de Spencer y las pesquerías de camarón del norte), fundándose en que la captura de esos camarones no perjudica a las tortugas marinas amenazadas. En el caso del Golfo de Spencer, Australia facilitó amplia información en la que se indicaba que no había prácticamente ninguna interacción entre las tortugas marinas y la pesca de camarón en esa zona de aguas frías. Tras un cuidadoso examen de la información por el Departamento de Estado y el Servicio Nacional de Pesca Marítima, los Estados Unidos autorizaron sin dificultades la importación de camarones procedentes del Golfo de Spencer. De modo análogo, Australia solicitó exportar camarones procedentes de sus pesquerías del norte, después de hacer obligatoria la utilización de DET en esa zona. El Departamento de Estado y el Servicio Nacional de Pesca Marítima examinaron la información facilitada por Australia, en la que se demostraba que los DET eran comparables a los exigidos para su utilización en los Estados Unidos. Los funcionarios estadounidenses de ambos órganos visitaron también las instalaciones de pesca de camarón de las pesquerías del norte y llevaron a cabo un intercambio de información cordial e instructivo con sus homólogos australianos. Como resultado de estas actividades, los Estados Unidos aceptaron autorizar también la importación de estos camarones. En su comunicación en calidad de tercero, Australia reconoce que los Estados Unidos han introducido modificaciones en la aplicación de su medida. En particular, Australia confirma que, de conformidad con las Directrices Revisadas, los Estados Unidos permiten actualmente las importaciones procedentes de la región del Golfo de Spencer y de las pesquerías del norte de Australia.

3.138 Los Estados Unidos explican que el Pakistán, en cambio, solicitó una certificación de conformidad con el artículo 609, alegando que había aplicado un programa amplio comparable al de los Estados Unidos. El procedimiento aplicado por los Estados Unidos para examinar esta solicitud fue, no obstante, análogo al seguido para examinar las solicitudes de Australia. El Departamento de Estado y el Servicio Nacional de Pesca Marítima examinaron la información facilitada por el Pakistán que demostraba que, en una de sus dos provincias costeras, había prohibido lisa y llanamente la pesca con redes de arrastre, mientras que en la otra había comenzado a exigir la utilización de DET. Tras una visita de funcionarios estadounidenses al Pakistán y de otros intercambios de información, el Departamento de Estado certificó que el Pakistán había adoptado efectivamente un programa comparable al de los Estados Unidos.

3.139 Además, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta complementaria del Grupo Especial relativa a la descripción de los criterios precisos utilizados en la comparación de los programas reglamentarios permite una clara y mejor comprensión de los pasajes de las Directrices Revisadas en los que se establecen los criterios para la certificación, sobre la base de la existencia de un programa reglamentario comparable.¹⁰⁷

3.140 Los Estados Unidos, al referirse a los criterios precisos utilizados para comparar los programas reglamentarios extranjeros basados en el empleo de DET, explican que si el gobierno de la nación pesquera solicita la certificación sobre la base de haber adoptado un programa de DET, la certificación se otorgará si el programa incluye lo siguiente:

¹⁰⁷ La pregunta es la siguiente: "¿Podrían [los Estados Unidos] facilitar una clara descripción de los criterios precisos utilizados en la comparación entre los programas reglamentarios de los países solicitantes y el programa de los Estados Unidos?"

- a) exigencia del empleo de DET: el requisito de que todos los buques dedicados a la pesca comercial del camarón con redes de arrastre que realizan actividades en aguas en las que existe la posibilidad de interceptar tortugas marinas utilicen en todo momento los DET. Los DET deben tener una eficacia comparable a los empleados en los Estados Unidos. Toda excepción a este requisito debe ser comparable a las del programa estadounidense descrito *supra*; y
- b) observancia: medidas de observancia convincentes, que incluyan la vigilancia del cumplimiento y sanciones apropiadas.

3.141 Los Estados Unidos añaden que un país puede también obtener la certificación si dispone de un programa reglamentario que no suponga el empleo de DET. Si el gobierno de una nación pesquera demuestra que ha aplicado y está haciendo observar un programa reglamentario de eficacia comparable para proteger a las tortugas marinas durante la pesca de camarón con redes de arrastre sin la utilización de DET, ese país también tendrá derecho a la certificación. Los Estados Unidos explican que esa demostración deberá basarse en datos empíricos respaldados por estudios científicos objetivos que tengan una duración y un alcance suficientes para facilitar la información necesaria a fin de efectuar una determinación válida. Para examinar esa información, el Departamento de Estado tendrá plenamente en cuenta toda diferencia que se demuestre entre las condiciones de pesca del camarón en los Estados Unidos y las de otros países, así como la información procedente de otras fuentes.

3.142 Los Estados Unidos explican que, por otra parte, los países pueden también solicitar la certificación basándose en la existencia de un entorno de pesca del camarón que no presenta una amenaza de captura accidental de tortugas marinas. Las Directrices Revisadas establecen que el Departamento de Estado extenderá un certificado a toda nación pesquera que cumpla alguno de los criterios siguientes:

- a) toda nación pesquera en cuyas aguas jurisdiccionales no viva ninguna de las especies de tortugas marinas en cuestión;
- b) toda nación pesquera que pesque camarón exclusivamente con medios que no representen ninguna amenaza para las tortugas marinas, por ejemplo, las naciones que pesquen camarón exclusivamente con medios artesanales; o
- c) toda nación cuyas operaciones de pesca comercial de camarón con redes de arrastre tengan lugar exclusivamente en aguas sometidas a su jurisdicción y en las que no vivan tortugas marinas.

3.143 Los Estados Unidos también hacen referencia a la situación particular de los países que no disponen de certificados y que pueden también exportar camarón a los Estados Unidos si ese producto se captura de un modo que no presente una amenaza para las tortugas marinas. De conformidad con las Directrices Revisadas, las prohibiciones a la importación impuestas de conformidad con el artículo 609 no se aplican a los camarones o productos del camarón capturados en las condiciones siguientes, dado que estas capturas no afectan negativamente a las tortugas marinas:

- a) los camarones procedentes de una instalación de acuicultura en la que pasan al menos 30 días en los estanques antes de ser capturados;
- b) los camarones pescados por barcos arrastreros comerciales que utilizan DET de una eficacia comparable a los obligatorios en los Estados Unidos;
- c) los camarones pescados exclusivamente con medios que no supongan la recogida de redes de pesca con medios mecánicos tales como tornos, poleas, aparejos u otros

dispositivos que proporcionen una ventaja mecánica, o por barcos que utilicen un aparejo que, de conformidad con el régimen estadounidense descrito más arriba, no obligue al uso de DET;

- d) los camarones pescados de cualquier otra manera o en cualesquiera otras circunstancias que el Departamento de Estado determine, después de celebrar consultas con el NMFS, que no representan una amenaza de captura accidental de tortugas marinas. El Departamento de Estado publicará todas esas determinaciones en el *Federal Register* y las notificará directamente a los gobiernos extranjeros afectados y a las demás partes interesadas.

3.144 Los Estados Unidos indican además que, de conformidad con la política vigente, los camarones capturados en las pesquerías del norte del Brasil, donde el Gobierno del Brasil está exigiendo el requisito de utilizar DET, se están importando en los Estados Unidos, a pesar de que el Brasil no cumple los requisitos para obtener la certificación porque en las pesquerías del sur de ese país no se utilizan DET.

3.145 Por último, los Estados Unidos alegan que, en lo que respecta a las reservas de Malasia con respecto a las repercusiones de la medida estadounidense en lo tocante a su soberanía, esas cuestiones de soberanía fueron examinadas ampliamente durante el procedimiento del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto. En esa ocasión, los Estados Unidos señalaron que la medida estadounidense no afectaba a la soberanía de Malasia, ya que los Estados Unidos no podían obligar a ningún país a adoptar ninguna política ambiental determinada. Los Estados Unidos aducen que, en cambio, el control de las fronteras de un país constituye un aspecto fundamental de la soberanía, y la medida de los Estados Unidos es simplemente una aplicación de su derecho soberano de excluir determinados productos de la importación. Dilucidar si los Estados Unidos, al adherirse al Acuerdo sobre la OMC, acordaron abstenerse de tales medidas, constituye el objeto de la presente diferencia; en todo caso, el informe del Órgano de Apelación aborda y resuelve estas cuestiones. El Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos tienen un vínculo jurisdiccional en lo que respecta a las tortugas marinas halladas en aguas de los reclamantes, y el Órgano de Apelación constató que el diseño general y la estructura del artículo 609 quedan abarcados por el apartado g) del artículo XX.

b) *Resolución del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos*

3.146 **Malasia** sostiene que, dado que el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("CIT") en el asunto *Turtle Island Restoration Network and Anor. v. Robert L. Mallett, Acting Secretary of Commerce and Anor, and National Fisheries Institute Inc.* resolvió que se prohiba inmediatamente al Gobierno de los Estados Unidos que se base en la parte de las Directrices Revisadas que viola el artículo 609, parecería que la parte pertinente de la revisión realizada en esas Directrices es nula, por cuanto las Directrices Revisadas son *ultra vires*, al sobrepasar los límites impuestos por la Ley Pública 101-162, concretamente por su artículo 609. Dado que una parte de las Directrices Revisadas en la que los Estados Unidos pretenden apoyarse como elemento de su proceso de aplicación queda anulada frente a la legislación básica, Malasia sostiene que, los Estados Unidos no cumplen, por lo tanto, las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.147 Malasia aduce que el CIT consideró que la determinación o determinaciones del Gobierno de los Estados Unidos por las que se permitió la importación de camarones y productos del camarón capturados por arrastreros que utilizaban DET comparables a los de los Estados Unidos, pero provenían de aguas de naciones que no habían obtenido la certificación del Presidente al Congreso de los Estados Unidos prevista en el artículo 609 (envío por envío) violaban lo dispuesto expresamente en el texto del artículo 609.¹⁰⁸ En la página 44 de su fallo, el CIT resolvió además que se prohibiera

¹⁰⁸ *Turtle Island Restoration Network, v. Robert Mallett*, 110 Fed. Supp. 2d 1005 (CIT 2000).

inmediatamente [a los demandados del Gobierno de los Estados Unidos] que se basaran en la parte de sus Directrices que daba lugar a una violación de lo dispuesto expresamente en el texto del artículo 609.

3.148 Malasia alega que de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Ésta fue también la postura que adoptó el Órgano de Apelación cuando consideró que "Los Estados Unidos [...] son responsables de los actos de todos sus departamentos públicos, incluido el poder judicial."¹⁰⁹ Por ello, Malasia sostiene que los Estados Unidos son responsables de la decisión del CIT. Los Estados Unidos tampoco pueden excusarse alegando simplemente que, al no haber emitido el CIT un mandamiento cautelar que limite esa posibilidad, están en condiciones de seguir aplicando su política actual. Malasia sostiene que en espera del resultado de la apelación la decisión del CIT sigue vigente.

3.149 Los **Estados Unidos** señalan que el Órgano de Apelación explicó que otro aspecto de la aplicación del artículo 609 que contribuía a la constatación de la existencia de una discriminación injustificable era que "en el momento en que esta diferencia se sometió al Grupo Especial y al presente Órgano" -esto es, el Órgano de Apelación- "los Estados Unidos no permitían las importaciones de camarones capturados por los arrastreros comerciales dedicados a la pesca del camarón que utilizaban DET comparables en eficacia a los exigidos en los Estados Unidos cuando esos camarones procedían de aguas de países que no habían recibido el certificado de conformidad con el artículo 609". Los Estados Unidos, sin embargo, modificaron este aspecto de la aplicación del artículo 609 incluso antes de que se publicara el informe del Órgano de Apelación. Concretamente, desde agosto de 1998, los Estados Unidos están permitiendo la importación de camarones capturados con DET, aunque la nación exportadora no haya obtenido la certificación prevista en el artículo 609.

3.150 Con respecto a la afirmación de Malasia relativa al fallo del CIT, los Estados Unidos alegan que, no obstante, el argumento de Malasia es incorrecto y se basa en una interpretación errónea de la resolución judicial. El CIT constató, como señala Malasia, que, en su opinión, el artículo 609 no permitía la importación de camarones capturados con DET procedentes de naciones que no hubieran obtenido la certificación, pero no ordenó al Departamento de Estado de los Estados Unidos que modificara su política actual. El Ejecutivo estadounidense no está de acuerdo con la interpretación del Tribunal, y en la actualidad la cuestión está siendo reexaminada por un tribunal de apelación. Este proceso de apelación requerirá bastante tiempo para llegar a una conclusión. Entre tanto, los Estados Unidos tienen previsto seguir aplicando su política actual. Así pues, el procedimiento judicial en curso no ha producido ningún cambio en la medida de los Estados Unidos que es examinada por el Grupo Especial y es objeto de su mandato. En resumen, en concordancia con las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos permiten la importación de camarones capturados con DET, aun en el caso de que la nación exportadora no haya obtenido la certificación prevista en el artículo 609.

3.151 Los Estados Unidos indican que no prevén que se adopte una decisión en ese asunto antes de ocho meses como mínimo, puesto que las partes están aún en la fase de intercambio de comunicaciones escritas. Además, siempre cabe la posibilidad de que se amplíen los plazos para la presentación de comunicaciones. Una vez que las partes hayan concluido el intercambio de comunicaciones escritas, el Tribunal debe fijar una fecha para las alegaciones orales. Habitualmente, el Tribunal fija esa fecha con una antelación de tres meses como mínimo. Lo más probable es que la fecha de la celebración de la audiencia se fije para finales de junio o comienzos de julio de 2001, como muy pronto. Tras la audiencia el Tribunal podría emitir su decisión. La ley no obliga al Tribunal a emitir su decisión antes de una fecha determinada. Por lo general las decisiones se emiten dentro de un plazo de tres a nueve meses contados a partir de la presentación de las alegaciones, pero ese plazo podría ser mayor. Además, cabe la posibilidad de que haya otra ronda de examen en el

¹⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 173.

propio Tribunal de Apelación (cualquier parte puede solicitar que el asunto sea examinado por todos los magistrados del Tribunal de Apelación y no por un grupo de magistrados del Tribunal). Por añadidura, según señalan los Estados Unidos, la resolución podría ser recurrida en apelación ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Por consiguiente, puede transcurrir bastante tiempo antes de que en el asunto *Turtle Island Restoration Network* se agote la vía judicial en el sistema de los Estados Unidos.

3.152 Con respecto al posible resultado de la apelación, los Estados Unidos creen que seguramente será uno de los dos siguientes. El Tribunal de Apelación puede, en primer lugar, revocar la decisión adoptada por el CIT, según la cual la determinación del Departamento de Estado de permitir la importación de camarones capturados con DET procedentes de países que no han obtenido la certificación prevista en el artículo 609 entraña una violación de esa norma legal. En tal caso, los Estados Unidos aún podrían seguir importando camarones capturados con DET procedentes de naciones que no hubieran obtenido el certificado, siempre que los envíos fueran acompañados de los pertinentes documentos de despacho de aduana.

3.153 El segundo resultado posible, aclaran los Estados Unidos, sería que el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos confirmara la decisión del tribunal de primera instancia, en cuyo caso probablemente aplicaría también la prohibición a la importación de cualquier tipo de camarones o productos de camarón procedentes de países que no hubieran obtenido la certificación. Cabría la posibilidad de no aplicar esa prohibición hasta que se hubieran agotado todas las posibilidades de apelación. Entre ellas estaría incluido el examen de la conveniencia de solicitar la revisión del caso por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

3.154 Los Estados Unidos consideran que, aunque el Tribunal de Apelación podría dictar otras resoluciones que no es posible prever en este momento, los dos resultados expuestos son los más probables por ahora.

3.155 Los Estados Unidos añaden que merece la pena destacar que fue precisamente este aspecto de la medida de los Estados Unidos el que sirvió de base para el informe del Grupo Especial. En concreto, este Grupo Especial consideró que la aplicación a escala nacional de la prohibición de la importación, inclusive con respecto a los camarones capturados con DET, abría la posibilidad de que las naciones exportadoras quedaran sujetas a requisitos incompatibles, lo que provocaría una amenaza al sistema multilateral de comercio. Como la prohibición de las importaciones impuesta por los Estados Unidos no se aplica ya a los camarones capturados con DET, ha dejado de ser pertinente el motivo por el que este Grupo Especial consideró en principio que la medida de los Estados Unidos no estaba comprendida en el ámbito del artículo XX.

3.156 Por último, los Estados Unidos aducen que la comunicación de México pone de manifiesto que este país considera que una resolución judicial definitiva con respecto a los camarones capturados con DET importados de países que no han obtenido la certificación constituiría un "serio revés" para la aplicación por los Estados Unidos. Sin embargo, la medida de los Estados Unidos en litigio en este procedimiento permite la importación de camarones capturados con DET procedentes de países que no han obtenido la certificación. Aunque en cualquier procedimiento una o más partes pueden hacer conjeturas acerca de las modificaciones futuras de la medida en cuestión, no se han sometido al Grupo Especial esas situaciones hipotéticas, sino que la cuestión que nos ocupa es si la medida de los Estados Unidos actualmente en vigor es compatible con las obligaciones que impone a ese país el Acuerdo de la OMC.

c) *Asistencia técnica*

3.157 Los **Estados Unidos** señalan que el Órgano de Apelación constató también que las diferencias en los niveles de asistencia técnica disponible contribuían a su constatación de discriminación injustificable, debido a que los Estados Unidos habían hecho esfuerzos mucho

mayores para transferir con éxito la tecnología de los DET a determinados países exportadores que a otros. Los Estados Unidos facilitaron menos asistencia técnica a aquellas naciones que fueron las primeras en verse afectadas por la ley, a finales de 1995, como consecuencia de la decisión del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos.

3.158 Los Estados Unidos mantienen que han reiterado en numerosas ocasiones su oferta de facilitar asistencia y formación técnicas en el diseño, la construcción, la instalación y la utilización de DET a cualquier gobierno que lo solicite. Los Estados Unidos han aclarado que cualquier gobierno que desee recibir formación en esa esfera no tiene más que solicitarlo formalmente a los Estados Unidos.

3.159 Los Estados Unidos sostienen además que desde que el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación sobre esta cuestión han facilitado la asistencia y formación mencionadas a varios gobiernos y a otras organizaciones de la región del Océano Índico y de Asia Sudoriental. Por ejemplo, en julio de 1999, el Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS) presentó un documento sobre los DET y la transferencia de tecnología en el simposio sobre tortugas marinas que se celebró en Sabah, Malasia, al que se ha hecho antes referencia. En septiembre de 1999, algunos funcionarios del NMFS viajaron a Bahrein para prestar asistencia a su Gobierno en el desarrollo de su programa de DET. En julio de 2000, el NMFS recibió al Director General de Pesca Marítima de Bahrein en los Estados Unidos para mantener conversaciones sobre los DET y otros asuntos de gestión pesquera. El NMFS organizó también un taller sobre los DET en Karachi, Pakistán, en enero de 2000, cuyo tema central fueron las cuestiones de evaluación y formación. Los Estados Unidos consideran que este taller ayudó al Gobierno del Pakistán a adoptar un programa de DET satisfactorio. En julio de 2000 el NMFS impartió una formación similar en tres localidades de Australia (Karumba, Cairns y Darwin) en relación con las pesquerías de camarones del norte de Australia. En abril de 2000, el NMFS celebró un seminario sobre los DET para expertos técnicos procedentes del Centro para el Desarrollo de la Pesca en Asia Sudoriental.

3.160 Los Estados Unidos recuerdan que uno de los países reclamantes, el Pakistán, aceptó esa oferta, y ha obtenido ahora la certificación prevista en el artículo 609. Los Estados Unidos alegan que Malasia no niega que los Estados Unidos hayan hecho esas ofertas de asistencia técnica de buena fe, ni que la propia Malasia se haya beneficiado de ellas.

3.161 **Malasia** sostiene que la oferta de asistencia técnica a las partes reclamantes, incluida Malasia, no elimina la discriminación injustificable, ya que la utilización de DET como medio de conservación de tortugas no es imperativa para Malasia, a falta de una norma convenida multilateralmente sobre su utilización y habida cuenta además de que los DET no son la única medida para proteger a las tortugas marinas. Por añadidura, Malasia alega que se ha considerado que su programa es uno de los mejores programas de conservación de tortugas marinas que existen en el mundo y que este programa se ha aplicado sin utilizar DET.

3.162 En consecuencia, Malasia sostiene que la alegación de los Estados Unidos relativa a su oferta de formación técnica en el diseño, la construcción, la instalación y la utilización de DET a cualquier gobierno que la solicite, no le afecta porque, en palabras del Dr. Eckert, uno de los expertos científicos consultados por el Grupo Especial¹¹⁰: "[Malasia] cuenta con uno de los mejores programas de conservación de tortugas marinas que existen en el mundo. Realmente, se han hecho cargo de la situación relativa a la conservación de los nidos y han hecho muy buen trabajo. Es un esfuerzo admirable."¹¹¹ Los programas de conservación en Malasia se han mantenido a ese nivel notable sin

¹¹⁰ Informe del Grupo Especial, Anexo IV, transcripción de la reunión celebrada con los expertos los días 21 y 22 de enero de 1998.

¹¹¹ *Ibid*, párrafo 69 del Anexo IV.

recurrir a la utilización de DET.¹¹² A pesar de ello, según Malasia, sus medidas de conservación de las tortugas nunca pueden ser comparables al programa de los Estados Unidos, por cuanto se ajustan a las condiciones singulares que existen en Malasia. Aunque los Estados Unidos alegan que aún no han tenido oportunidad de tener en cuenta esas circunstancias porque Malasia no ha solicitado la certificación, Malasia sostiene que no corresponde a los Estados Unidos examinar unilateralmente las condiciones preexistentes en ese país y formular posteriormente una decisión unilateral acerca de si el programa de Malasia es comparable al programa establecido unilateralmente por los Estados Unidos. No puede someterse a ninguna nación soberana a un examen de esa naturaleza. Esa es otra de las razones por las que Malasia ha optado por no solicitar la certificación.

3.163 Los **Estados Unidos** alegan que la única observación de Malasia sobre las ofertas de asistencia técnica realizadas por los Estados Unidos es que Malasia no necesita esa asistencia porque ya ha establecido determinados programas de conservación de tortugas marinas. No obstante, los programas a que se refiere Malasia se ocupan de la protección de los huevos de tortugas marinas, mientras que la medida de conservación de los Estados Unidos está destinada a reducir la mortalidad de las tortugas marinas jóvenes y adultas en las operaciones de pesca de camarón con redes de arrastre. El experto citado por Malasia, el Dr. Scott Eckert, manifestó muy claramente que los programas para proteger los huevos de tortugas marinas no bastan para la conservación de las tortugas marinas. Los Estados Unidos señalan que el Dr. Eckert declaró que "las poblaciones de tortugas marinas se enfrentan a un gran número de posibles amenazas, pero la más grave es la captura accidental por las industrias pesqueras" y que no creía que fuera posible "reducir la captura accidental que se produce durante la actividad pesquera, si éste es el problema, tratando simplemente de incrementar la producción en una playa de nidificación. Los datos de que disponemos hasta la fecha indican que ésta no es una medida adecuada para paliar el problema. El enfoque de la conservación debe abarcar múltiples facetas".¹¹³

3.164 **Malasia** sostiene además que las pruebas aceptadas por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto ponen de manifiesto que en Malasia pesan sobre las tortugas marinas amenazas distintas de las que pesan en los Estados Unidos. Por ello, Malasia aborda de forma diferente la situación. La extinción de las tortugas marinas no es imputable únicamente a las capturas accidentales. En Malasia, la explotación comercial de los huevos de tortuga constituye un importante problema, lo que explica el especial interés de ese país en la protección de los huevos de tortuga como estrategia de conservación. Malasia señala que no hay pruebas de que la utilización de DET sea la única forma de abordar las capturas accidentales. En consecuencia, la insistencia en la utilización de DET cuando la situación no lo justifica hace patente la falta de flexibilidad de la medida estadounidense. Malasia reitera asimismo su posición de que el Grupo Especial no debe detenerse en hechos que fueron aceptados en las deliberaciones del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto.¹¹⁴ En este momento, lo esencial es si los Estados Unidos han cumplido o no las recomendaciones y resoluciones del OSD. Se ha constatado que el programa de conservación de las tortugas de Malasia es uno de los mejores que existen en el mundo. A pesar de ello, se ha obligado a Malasia a demostrar a los Estados Unidos que su programa de conservación de las tortugas es comparable al de ese país para obtener la certificación necesaria para que sus camarones puedan tener acceso al mercado de los Estados Unidos, lo que ha contribuido a ampliar el alcance del incumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD por los Estados Unidos.

¹¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 3.7.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, Anexo IV, transcripción de la reunión celebrada con los expertos los días 21 y 22 de enero de 1998, párrafos 12 y 13.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.73.

d) *Período de introducción gradual*

3.165 **Malasia** aduce que la prohibición unilateral de las importaciones impuesta por los Estados Unidos, al prescindir de la eficacia internacionalmente reconocida del actual programa de Malasia para la conservación de las tortugas marinas y estar en contradicción con el compromiso expreso de los Estados Unidos de concluir el acuerdo multilateral sobre la conservación de tortugas marinas en 2001, sigue constituyendo una discriminación arbitraria o injustificable entre los países prohibida en el artículo XX del GATT de 1994. Malasia añade que esa discriminación se hace asimismo patente si se comparan los más de cinco años de negociaciones de los Estados Unidos, a comienzos de los noventa, sobre la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas de 1996, con el correspondiente Acuerdo Regional sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental.

3.166 En su comunicación en calidad de tercero, los **Estados Unidos**, en respuesta a la alegación de Malasia y a la observación de Australia, aducen que la diferencia en los plazos de introducción gradual ha sido corregida por el paso del tiempo. El Órgano de Apelación señaló que los países del hemisferio occidental dispusieron de un plazo de tres años para la introducción gradual antes de que entrara en vigor la prohibición de las importaciones, en tanto que otras naciones -debido a una resolución del tribunal nacional- sólo contaron con un plazo de cuatro meses. Sin embargo, hasta el momento, Malasia ha tenido tiempo más que suficiente para adoptar un programa de conservación basado en la utilización de DET o comparable. Los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación comenzó a contar el plazo de introducción progresiva a partir de diciembre de 1995, cuando el tribunal nacional se pronunció por primera vez sobre el alcance geográfico de la medida. El plazo prudencial concluyó en diciembre de 1999 -cuatro años después de la resolución del tribunal nacional- y, hasta ahora, han transcurrido más de cinco años.

3.167 Los Estados Unidos opinan que estos plazos dan tiempo más que suficiente para que Malasia hubiera adoptado un programa basado en DET o comparable, si hubiera optado por ello. Por ejemplo, Tailandia adoptó un programa basado en DET, y obtuvo la certificación del Departamento de Estado de los Estados Unidos menos de un año después de la resolución de 1995 del tribunal nacional. Del mismo modo, el Pakistán recurrió durante el plazo prudencial a las Directrices Revisadas, así como las ofertas mejoradas de asistencia técnica de los Estados Unidos, y ha obtenido ahora la certificación.

3.168 Por último, los Estados Unidos sostienen que puesto que Malasia no ha manifestado ninguna intención de adoptar DET ni otra medida comparable para reducir la mortalidad de las tortugas marinas en las operaciones de pesca de camarones con redes de arrastre, esta cuestión no ofrece dudas.

c) Discriminación arbitraria

a) *Falta de flexibilidad*

3.169 Los **Estados Unidos** alegan que han abordado los dos aspectos bien diferenciados de la aplicación por su parte del artículo 609 que el Órgano de Apelación constató que constituía una "discriminación arbitraria" entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. Los Estados Unidos recuerdan que el Órgano de Apelación constató:

- a) que la falta de flexibilidad en la aplicación de las directrices no sólo contribuía a una constatación de una "discriminación injustificable", sino que también originaba una "discriminación arbitraria" en el sentido del preámbulo del artículo XX. Las Directrices Revisadas respondieron a esta constatación aumentando la flexibilidad en la aplicación; y

- b) que el proceso de certificación de los Estados Unidos carecía de transparencia y de las debidas garantías de procedimiento para los Miembros exportadores de la OMC. Las Directrices Revisadas respondieron a estas constataciones estableciendo un procedimiento nuevo y amplio para garantizar un trato equitativo a todos los países exportadores en el proceso de certificación.

3.170 Los Estados Unidos alegan que, como ya se ha expuesto, las Directrices Revisadas introducen, de formas muy diversas, un grado mayor de flexibilidad. En especial, puede certificarse que un país dispone de un programa de conservación de tortugas marinas comparable aun cuando el país en cuestión adopte un programa basado en los DET, y los Estados Unidos tendrán "plenamente en cuenta cualesquiera diferencias que se haya demostrado que existen entre las condiciones en que se realiza la pesca del camarón en los Estados Unidos y las condiciones en que se realiza esa pesca en otras naciones".¹¹⁵

3.171 **Malasia** sostiene y recuerda que la flexibilidad al examinar la comparabilidad entre los programas extranjeros y el de los Estados Unidos, el aumento de la transparencia y la previsibilidad del proceso de certificación y el reforzamiento de las debidas garantías de procedimiento, que se alega que suponen las Directrices Revisadas, no han eliminado los elementos de una discriminación injustificable y arbitraria, que persiste y que está prohibida por el artículo XX del GATT de 1994. Malasia considera que la supuesta flexibilidad, según los Estados Unidos, conforme a la cual se tienen plenamente en cuenta las diferencias demostradas entre las condiciones de pesca del camarón en los Estados Unidos y las de otras naciones queda invalidada si se examina la forma en que están estructuradas las Directrices Revisadas; el análisis de esas Directrices pone de manifiesto que siguen estando estrechamente orientadas en función de las condiciones de la pesca del camarón con redes de arrastre en los Estados Unidos. Malasia observa que, en la parte de las Directrices Revisadas titulada "II. Directrices para adoptar decisiones en materia de certificación", los Estados Unidos tienden a abordar el supuesto hipotético de que una nación pesquera adopte un programa reglamentario que aborde la captura accidental de tortugas marinas durante la pesca comercial de camarones con redes de arrastre.

3.172 Malasia sostiene además que, al reducir la importación exclusivamente a los camarones que cumplen determinadas condiciones establecidas unilateralmente, los Estados Unidos no han eliminado la "rigidez e inflexibilidad" que el Órgano de Apelación consideró que constituía una "discriminación arbitraria". El proceso de certificación somete a las naciones exportadoras de camarones a la apreciación exclusiva de los Estados Unidos, que es quien únicamente determina si los camarones exportados se ajustan a las normas establecidas unilateralmente por el Departamento de Estado de los Estados Unidos.

3.173 Malasia sostiene que, aunque el Departamento de Estado de los Estados Unidos tenga actualmente en consideración las pruebas que pueda presentar una nación exportadora, sigue siendo necesario que el programa para proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarones con redes de arrastre de esa nación exportadora sea "comparable al de los Estados Unidos". Los efectos coactivos con respecto a las decisiones concretas de política adoptadas por los gobiernos extranjeros persisten a pesar de las Directrices Revisadas. Los países Miembros siguen sujetos al criterio del Departamento de Estado, que puede denegar la certificación si considera que el programa de protección de tortugas no es comparable al de los Estados Unidos. El hecho de que los Estados Unidos no hayan eliminado este "efecto coactivo" equivale a un incumplimiento flagrante de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

¹¹⁵ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, sección II. B. a) 2).

3.174 Malasia mantiene que del examen de las Directrices Revisadas se desprende claramente que los Estados Unidos no tienen intención alguna de eliminar el "carácter unilateral" del artículo 609. Es evidente que los Estados Unidos siguen pretendiendo mantener una prohibición económica que ponga en práctica la norma ambiental establecida unilateralmente. El hecho de que los Estados Unidos no hayan eliminado el "carácter unilateral", encarnado en el artículo 609, es un claro exponente de su propósito de mantener la influencia perturbadora y discriminatoria de la prohibición de las importaciones. Con ello, los Estados Unidos incumplen las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.175 Además, Malasia alega que ha demostrado que en ese país no prevalecen las mismas condiciones y que los Estados Unidos no han tomado en consideración las condiciones singulares que se dan en él. Sostiene asimismo que la siguiente descripción de esas condiciones que hizo Malasia fue aceptada por el Grupo Especial y no ha sido anulada por el Órgano de Apelación:

- a) Malasia era una zona de anidamiento pero no era conocida como zona de alimentación para las tortugas marinas;
- b) la temporada de anidamiento en Malasia no se superponía con la temporada de pesca de camarón;
- c) las tortugas caguama y las tortugas lora pocas veces anidaban en las playas de Malasia, y no había tortugas cotorra en las aguas de ese país, en tanto que la elevada mortalidad de tortugas marinas registrada en las redes de arrastre utilizadas para pescar camarón en los Estados Unidos afecta a estas dos especies de tortugas marinas;
- d) en Malasia las principales especies de tortugas marinas eran las tortugas verde, carey, laúd y golfinas oliváceas. Las tortugas verdes habitaban en lechos de algas que se encontraban en las aguas costeras poco profundas, mientras que las tortugas carey se encontraban en los arrecifes de coral; la pesca con redes de arrastre estaba prohibida en ambas zonas. Durante la época de anidamiento, las tortugas verdes se mantenían cerca de la costa, en zonas donde, de nuevo, estaba prohibida la pesca con redes de arrastre;
- e) las tortugas, durante sus migraciones a larga distancia entre las zonas de alimentación y las zonas de anidamiento nadaban cerca de la superficie del mar, lo que las hacía vulnerables a las redes a la deriva y de enmalle y a los palangres más que a las redes de arrastre; y
- f) en Malasia, las redes de arrastre se utilizaban la mayor parte del año para pescar peces y, por tanto, las capturas accidentales de tortugas marinas se debían a las redes de arrastre utilizadas para pescar peces y no a las redes de arrastre utilizadas para pescar camarón.¹¹⁶

3.176 Malasia considera que las Directrices Revisadas contienen gran número de "disposiciones detalladas relativas a la aplicación"; en consecuencia, sostiene, que imponerle la pesada carga de demostrar a los Estados Unidos, mediante datos empíricos respaldados por estudios científicos objetivos de una duración y alcance suficientes, que Malasia aplica un programa reglamentario de eficacia comparable constituye un uso indebido y excesivo de una excepción prevista en el artículo XX.

¹¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 3.273 y 3.287.

3.177 Los **Estados Unidos** aducen que no han tenido aún ocasión de tener en cuenta las circunstancias expuestas, puesto que Malasia nunca ha solicitado la certificación prevista en el artículo 609.

3.178 Como se ha señalado antes, los Estados Unidos mantienen que el artículo 609, como un elemento de su estructura fundamental señalada por el Órgano de Apelación, exige una comparación entre los programas de los Estados Unidos y los de otros países y recuerda que el Órgano de Apelación constató que este aspecto del artículo 609 *guardaba* una relación razonable con la conservación de las tortugas marinas y podía considerarse provisionalmente comprendido en el ámbito de aplicación del apartado g) del artículo XX. La deficiencia constatada por el Órgano de Apelación consistía en que las Directrices Revisadas parecían exigir a las naciones exportadoras que adoptaran una política *concreta* para lograr una determinada tasa de capturas de tortugas marinas durante la pesca de camarón, cuestión que ha sido abordada en las Directrices Revisadas y su aplicación actual.

b) *Debidas garantías de procedimiento*

3.179 Los **Estados Unidos** recuerdan que el Órgano de Apelación constató asimismo que el proceso de certificación de conformidad con el artículo 609 no era transparente ni previsible y privaba a las naciones exportadoras del trato equitativo básico y de las debidas garantías procesales. No había ninguna oportunidad formal para que una nación solicitante fuera escuchada o respondiera a los argumentos en su contra, ni una decisión formal escrita y motivada. A excepción del aviso publicado en el *Federal Register* de los Estados Unidos, las naciones no recibían ninguna notificación especial de las decisiones. No había ningún procedimiento de revisión ni de apelación contra la denegación de certificación.

3.180 En respuesta a esta constatación, los Estados Unidos explican que han efectuado una amplia gama de modificaciones procesales en relación con la forma en que adoptan las decisiones de certificación de conformidad con el artículo 609. El proceso es actualmente transparente y previsible. Por ejemplo, el Departamento de Estado notifica ahora oportunamente a los gobiernos de las naciones en las que se practica la pesca de camarón todas las decisiones pendientes y definitivas y les ofrece una oportunidad significativa para ser escuchados y para presentar cualquier información adicional pertinente para la decisión de certificación. El Departamento de Estado ofrece también a los gobiernos de las naciones en cuestión a las que no se conceda una certificación una explicación completa de las razones por las que se denegó la certificación e identifica con claridad las medidas necesarias que esos gobiernos deben adoptar para obtener la certificación en el futuro.¹¹⁷

3.181 Los Estados Unidos alegan que se han establecido numerosos trámites para lograr que las determinaciones de certificación sean más previsibles y transparentes. En la sección de las Directrices Revisadas titulada "Calendario y procedimientos para la adopción de decisiones sobre los certificados" se prevé, entre otras cosas, un intercambio considerable de información con objeto de que el gobierno extranjero pueda prever el resultado probable.

3.182 Los Estados Unidos explican que en las Directrices Revisadas, según el texto recogido en el Aviso Público 3086¹¹⁸, se estipula que:

"Para el 15 de marzo, el Departamento de Estado notificará por escrito por conducto diplomático al gobierno de cada nación que, sobre la base de la información disponible [...] no parezca cumplir los requisitos establecidos para la obtención de un

¹¹⁷ Directrices Revisadas, Anexo al presente informe, párrafo 27.

¹¹⁸ *Ibid.*

certificado. En la notificación se explicarán las razones de esa decisión preliminar, se sugerirán las medidas que el gobierno de la nación pesquera puede adoptar para obtener un certificado y se invitará al gobierno de la nación pesquera a presentar, para el 15 de abril, cualquier información adicional. Si el gobierno de la nación pesquera lo solicita, el Departamento de Estado organizará reuniones entre los funcionarios competentes de los Estados Unidos y los funcionarios de la nación pesquera para estudiar la situación."

3.183 Además, según las Directrices Revisadas, entre el 15 de marzo y el 1º de mayo, el Departamento de Estado estudiará activamente cualquier información adicional que el gobierno de la nación pesquera crea que el Departamento debe tener en cuenta para formular su determinación sobre el certificado.

3.184 Los Estados Unidos aducen que cuando aplica las Directrices Revisadas, el Departamento de Estado adopta decisiones formales sobre la certificación antes del 1º de mayo de cada año y que, además, la decisión se notifica prontamente por escrito por conducto diplomático a los gobiernos de todos los países que han solicitado la certificación.

3.185 Los Estados Unidos explican que con arreglo a las Directrices Revisadas, en el caso de aquellos países a los que se haya denegado la certificación, se expondrán nuevamente en las notificaciones correspondientes las razones de la negativa y las medidas necesarias para obtener un certificado.

3.186 Por último, en las Directrices Revisadas se establece que el gobierno de cualquier nación a la que se haya denegado un certificado para el 1º de mayo podrá pedir posteriormente en cualquier momento, que se reconsidere esa decisión.

3.187 Otra mejora importante de las Directrices Revisadas, según aclaran los Estados Unidos, consiste en que cuando los Estados Unidos reciben del gobierno de que se trata información que demuestre que se han corregido las circunstancias que llevaron a la denegación del certificado, los funcionarios estadounidenses visitarán el país exportador tan pronto como se pueda organizar una visita. Si la visita demuestra que de hecho se han corregido las circunstancias que llevaron a la denegación, los Estados Unidos expedirán inmediatamente un certificado a esa nación.

3.188 A una pregunta formulada por el Grupo Especial acerca de si un Miembro exportador podría apelar ante un tribunal nacional de los Estados Unidos contra decisiones administrativas adoptadas en el proceso de certificación de conformidad con el artículo 609, y en qué condiciones¹¹⁹, los Estados Unidos responden que con frecuencia los reglamentos administrativos no abordan expresamente la posibilidad de recurso judicial. En general, en el sistema judicial de los Estados Unidos es posible la revisión judicial de una decisión definitiva adoptada por el Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre la certificación de un país en virtud de la Ley de Procedimiento Administrativo, codificado en 5 USC (Código de los Estados Unidos), 701 y siguientes.

3.189 **Malasia** manifiesta que decidió no recurrir a las Directrices Revisadas ni hacer uso de la asistencia técnica ofrecida porque considera que para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, sería necesario eliminar la prohibición de las importaciones del artículo 609, y no modificarla como se ha hecho.

¹¹⁹ La pregunta es la siguiente: "[...] En las Directrices Revisadas no se prevé expresamente la apelación ante un órgano judicial. ¿Podrían los Estados Unidos indicar si un país exportador puede apelar ante un tribunal nacional de los Estados Unidos contra decisiones administrativas adoptadas en el proceso de certificación de conformidad con el artículo 609, y en qué condiciones?"

d) Restricción encubierta al comercio internacional

3.190 Los **Estados Unidos** aducen que las partes presentaron todas las comunicaciones sobre la cuestión de la "restricción encubierta al comercio internacional" en el anterior procedimiento del Grupo Especial, y recuerdan que sus principales argumentos para demostrar que su medida no constituye una restricción encubierta al comercio internacional se reseñan en el informe del Grupo Especial.¹²⁰

3.191 Los Estados Unidos señalan que una serie de factores han puesto de manifiesto que su medida era una medida de conservación *bona fide*, y no una restricción encubierta al comercio. Esos factores comprenden los siguientes elementos de hecho: 1) la comunidad internacional, como se refleja en la CITES, está de acuerdo en que las tortugas marinas están amenazadas; 2) decenas de países de todo el mundo han adoptado DET como medida importante de conservación de las tortugas marinas; 3) los Estados Unidos han hecho considerables esfuerzos para difundir la tecnología de los DET; y 4) la prohibición de las importaciones se ha redactado cuidadosamente para que únicamente afecte a las importaciones de camarón pescado de una forma que dañe a las tortugas marinas.

3.192 Además, añaden los Estados Unidos, aunque esta cuestión no fuera abordada directamente por el Órgano de Apelación, varias de sus constataciones respaldan la posición de los Estados Unidos de que la medida no es una restricción encubierta al comercio internacional. El Órgano de Apelación reconoció que los DET constituyen un instrumento eficaz para la conservación de las tortugas marinas¹²¹; constató positivamente que la medida, que exime a los tipos de camarón pescado de una forma que no dañe a las tortugas marinas, "no tiene un alcance y ámbito desproporcionadamente amplios en relación" con su objetivo político¹²², y, constató que, al igual que entre los camaroneros nacionales y extranjeros, la medida, en principio, era "imparcial".¹²³

3.193 En resumen, concluyen los Estados Unidos, los antecedentes muestran claramente que la medida de los Estados Unidos no constituye una restricción encubierta al comercio internacional. Ni Malasia en sus comunicaciones, ni, de hecho, México en su comunicación de tercero, han aportado pruebas o argumentos en contrario.

3.194 **Malasia** opina que el Órgano de Apelación no abordó la cuestión de si la medida de los Estados Unidos constituye una restricción encubierta al comercio internacional en el sentido del preámbulo del artículo XX. Malasia indica que tras decidir que la medida no podía ampararse en la protección justificativa del artículo XX del GATT de 1994, el Órgano de Apelación no consideró necesario examinar si la medida se aplicaba de forma que constituyera una restricción encubierta al comercio internacional. La cuestión ni siquiera se analizó, ni mucho menos se adoptó una decisión al respecto. El Órgano de Apelación estimó que ello no era necesario, tras haber constatado que la aplicación de la medida estadounidense constituía una "discriminación injustificable" y una "discriminación arbitraria". Por esa razón, Malasia tampoco estima necesario abordar la cuestión.

¹²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 3.277 a 3.281.

¹²¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 140.

¹²² *Ibid.*, párrafo 141.

¹²³ *Ibid.*, párrafos 144 y 145.

IV. RESUMEN DE LAS COMUNICACIONES DE TERCEROS¹²⁴

1. Australia

4.1 Australia sostiene que los Estados Unidos siguen aplicando una prohibición de las importaciones incompatible con el artículo XI del GATT de 1994. En estas circunstancias, los Estados Unidos, para demostrar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia, deben demostrar que su medida cumple actualmente los requisitos de la disposición relativa a las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994.

4.2 Australia señala que el Órgano de Apelación constató que la medida de los Estados Unidos, artículo 609 de la *Public Law* 101-162, reunía los requisitos para considerarse provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, pero no cumplía los requisitos del preámbulo de dicho artículo, puesto que se aplicaba en forma que constituía una discriminación arbitraria e injustificable. Esta constatación de que la medida de los Estados Unidos estaba justificada provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX reconocía que podía haber circunstancias en las cuales la prohibición de las importaciones contenida en el artículo 609 podría aplicarse de manera compatible con los requisitos del preámbulo del artículo XX. Australia indica que ese podría ser el caso si la prohibición de las importaciones se aplicara como parte de un enfoque cooperativo de la conservación de las tortugas marinas basado en un consenso intergubernamental.

4.3 Australia ha puesto de relieve que en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC se reconoce que las relaciones comerciales de los Miembros de la OMC deben llevarse a cabo de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible. Mediante la labor del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA), los Miembros de la OMC han tratado de garantizar específicamente que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente en el fomento de un desarrollo sostenible. Los Miembros han reconocido que en algunas circunstancias pueden ser necesarias medidas comerciales para lograr objetivos ambientales, y que el alcance de las disposiciones de la OMC, incluido el artículo XX del GATT de 1994, debe permitir medidas de esa naturaleza. En concreto, los Miembros de la OMC han reconocido la complementariedad de la labor de la OMC y de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente.

4.4 La participación de Australia como tercero en esta diferencia responde tanto a intereses comerciales sustantivos como a preocupaciones relativas a importantes cuestiones de principio. En relación con sus intereses comerciales sustantivos, preocupan a Australia las cuestiones concernientes al acceso inmediato al mercado de los camarones procedentes de la región del Golfo de Spencer y de las pesquerías de camarones del norte. Australia acoge con satisfacción las modificaciones en la aplicación de la medida de los Estados Unidos, que han vuelto a permitir el acceso de esos camarones. No obstante, el acceso de los camarones procedentes de otras pesquerías australianas sigue estando prohibido.

4.5 En lo que respecta a las cuestiones de principio, Australia comparte las preocupaciones de los Estados Unidos en relación con la conservación de las tortugas marinas y ha aceptado de buen grado y apoyado los esfuerzos de ese y de otros países, incluida Malasia, para hacer frente a esas preocupaciones mediante iniciativas de cooperación en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental. En octubre de 1999 tuvo lugar en Australia un taller para tratar de la necesidad de un "acuerdo regional sobre la conservación y ordenación de las poblaciones de tortugas marinas y sus hábitat en la región Indo-Pacífica y del Océano Índico". Los resultados del taller fueron un elemento básico para la adopción por consenso del *Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y*

¹²⁴ El Canadá y el Pakistán se reservaron sus derechos de terceros pero no presentaron ninguna comunicación al Grupo Especial.

Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la Región del Océano Índico y Asia Sudoriental en la reunión celebrada en Kuantan (Malasia) en julio de 2000. El Memorándum de Entendimiento reconoce y pretende hacer frente a la multiplicidad de amenazas que pesan sobre las tortugas marinas, inclusive la destrucción del hábitat, la captura y el comercio directos, las capturas accidentales, la contaminación y otras causas de mortalidad provocadas por el hombre.

4.6 Sin embargo, sigue preocupando a Australia el hecho de que siga aplicándose una prohibición de las importaciones impuesta por los Estados Unidos sobre la base de una norma de conservación establecida unilateralmente para hacer frente a una cuestión ambiental transfronteriza o mundial. En concreto, Australia considera que los avances logrados en las recientes iniciativas para fomentar la conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental demuestran que hay otras vías posibles para alcanzar el importante objetivo de la conservación de las tortugas marinas. Australia estima que esas iniciativas de cooperación son un medio adecuado y eficaz para abordar una cuestión como la de la conservación de las tortugas marinas. Esas iniciativas no sólo permiten identificar y abordar toda la gama de cuestiones que plantea la conservación de las tortugas marinas, sino que proporcionan un medio de evitar medidas de restricción del comercio inadecuadas o innecesarias.

4.7 Como argumento jurídico, Australia sostiene que el Órgano de Apelación constató que la medida de los Estados Unidos reunía los requisitos para la justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX, pero no cumplía los requisitos del preámbulo de ese artículo. En concreto, constató que los Estados Unidos habían aplicado la medida de forma que constituía una discriminación arbitraria e injustificable entre los Miembros de la OMC debido a los siguientes problemas:

- a) la rigidez e inflexibilidad en la administración de la prohibición de las importaciones;
- b) los procedimientos unilaterales y no concertados de la medida de importación;
- c) las diferencias existentes en los plazos de introducción gradual y los distintos enfoques adoptados en la transferencia de tecnología a distintos grupos de países; y
- d) la falta de transparencia, de trato equitativo y de debidas garantías procesales en la administración de la prohibición de las importaciones.

4.8 Australia cree que la cuestión jurídica de si los Estados Unidos han subsanado el problema señalado en los puntos a) y d) exige un análisis de los cambios introducidos en la administración de las Directrices y en la práctica de los Estados Unidos. A este respecto, Australia acoge con agrado determinados cambios en las Directrices de los Estados Unidos que posteriormente han permitido a ese país adoptar determinaciones que garantizan el acceso de las importaciones de camarones procedentes de la región del Golfo de Spencer y de las pesquerías de camarones del norte. Australia señala que algunos de esos cambios están sujetos al curso posterior de la vía judicial en los tribunales de los Estados Unidos y que seguirá de cerca la evolución de los acontecimientos en ese ámbito.

4.9 Australia considera que la cuestión jurídica de si los Estados Unidos han subsanado los problemas señalados en el punto c) *supra* requiere, al menos en parte, un análisis de la práctica actual de los Estados Unidos en relación con la prestación de asistencia y formación técnicas en el diseño, la construcción, la instalación y la utilización de dispositivos para excluir a las tortugas (DET). Australia observa que los Estados Unidos no parecen haber expuesto ninguna opinión sobre el tipo de medidas que han adoptado, o estaban obligados a adoptar, para hacer frente a la cuestión de las diferencias existentes en los plazos de introducción gradual de DET, que el Órgano de Apelación constató también que constituían una discriminación injustificable.

4.10 En relación con el punto b), Australia destaca el argumento de los Estados Unidos de que uno de los elementos necesarios para proceder al cumplimiento era "entablar negociaciones serias y de buena fe sobre la conservación de las tortugas marinas". Australia coincide con los Estados Unidos en que dichas negociaciones podrían haber sido un medio de poner su medida en conformidad con los requisitos del preámbulo del artículo XX, y en concreto, de abordar el problema citado en el punto b).

4.11 Australia señala que muchas de las cuestiones planteadas por el Órgano de Apelación en relación con el problema citado en el punto b) atañen a medidas que los Estados Unidos no adoptaron antes de proceder a imponer o a aplicar la prohibición de las importaciones. Esas medidas, de haberse adoptado, podrían haber hecho innecesaria una prohibición de las importaciones, gracias al logro de un acuerdo o consenso intergubernamental sobre una serie de medidas relativas a la conservación de las tortugas marinas, o haber garantizado la aplicación de una prohibición de conformidad con un enfoque convenido multilateralmente. De hecho, el objetivo clave de "unas negociaciones serias y de buena fe", en el sentido del preámbulo del artículo XX, es que esas negociaciones estén destinadas a tratar de impedir, en la medida de lo posible, cualquier tipo de discriminación, o a limitar las discriminaciones que resulten inevitables a discriminaciones que no sean "arbitrarias" o "injustificables", evitando al mismo tiempo cualquier restricción encubierta al comercio internacional.

4.12 Australia observa que los Estados Unidos no facilitan apenas indicaciones acerca del contenido, objetivos o naturaleza de las negociaciones, que se les exige que sean "negociaciones serias y de buena fe", ni de la reparación de la discriminación injustificable constatada por el Órgano de Apelación. Además, los Estados Unidos no han presentado pruebas que indiquen que haya habido un cambio en los "procedimientos unilaterales y no concertados" que caracterizan la prohibición de las importaciones que mantuvieron después de haber finalizado el plazo prudencial, ni de que la prohibición se base ahora en "procedimientos concertados y multilaterales".

4.13 Australia afirma que es imprescindible mantener el delicado equilibrio del artículo XX para que ese artículo cumpla su objetivo de permitir a los Miembros de la OMC adoptar, en relación con una serie de objetivos de política pública importantes, medidas que de no ser por él serían incompatibles con el GATT de 1994, sin que pueda aplicarse para eludir indebidamente las obligaciones para con otros Miembros que se derivan del tratado.

4.14 Australia aduce que el artículo XX del GATT de 1994 resulta fundamental en esta diferencia. Australia considera que las constataciones del Órgano de Apelación han confirmado que el equilibrio de derechos y obligaciones establecido en el artículo XX es crucial, y que sigue siendo pertinente al actual interés de la comunidad internacional por conciliar el crecimiento económico y la protección del medio ambiente.

4.15 Australia hace referencia a la iniciativa regional del Océano Índico y de Asia Sudoriental en su respuesta a la petición del Grupo Especial de que se expusieran las iniciativas llevadas a cabo con vistas a llegar a una solución multilateral en relación con la cuestión de la conservación de las tortugas marinas.¹²⁵

4.16 Australia menciona el taller técnico al que ese país dio acogida del 19 al 22 de octubre de 1999 en Perth. En él se adoptó una resolución sobre la utilidad de un nuevo instrumento regional para facilitar una colaboración más estrecha con miras a mejorar la conservación de las tortugas marinas y sus hábitat. Los participantes acordaron también celebrar consultas ulteriores destinadas a la conclusión de ese instrumento. La reunión acogió favorablemente la oferta de Australia de preparar un proyecto de texto.

¹²⁵ Australia presentó al Grupo Especial el *informe de la consulta sobre las necesidades y mecanismos relativos a la conservación y ordenación regional de las tortugas marinas*, Perth, Australia Occidental, 19 a 22 de octubre de 1999.

4.17 Australia observa además que el respaldo obtenido en el taller por la idea de que era necesario un nuevo instrumento regional se basó en el acuerdo adoptado en el Segundo Simposio y Taller de la ASEAN sobre Biología y Conservación de las Tortugas Marinas, celebrado del 15 al 17 de julio de 1999. Las iniciativas de cooperación previstas en estas reuniones llevaron a la adopción del *Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental* en una reunión intergubernamental de 24 Estados que tuvo lugar en Malasia en Kuantan en julio de 2000.

4.18 Australia señala que el Memorándum de Entendimiento requiere que se complete un plan de conservación y ordenación antes de que el Memorándum sea abierto a la firma. Australia, como parte de sus preparativos para un proyecto de texto del Memorándum, había elaborado un proyecto de plan basado en las consultas celebradas en el taller de Perth. En la reunión de Kuantan se convino en desarrollar aún más el plan con miras a su adopción en la siguiente reunión intergubernamental, que debía celebrarse en el primer trimestre de 2001.

4.19 Australia manifiesta que en el taller de Perth hubo un debate de amplio alcance en el que se puso de manifiesto la necesidad de adoptar medidas en relación con una serie de ámbitos: la protección del hábitat de las tortugas marinas; la ordenación de la captura y comercio directos; la reducción de la captura accidental y la mortalidad de las tortugas marinas durante las actividades pesqueras; y el fomento de la investigación, el intercambio de información y la creación de capacidad.

4.20 Australia señala que el Memorándum de Entendimiento prevé que en el plan de conservación y ordenación se aborden todas estas cuestiones. El plan proporcionará una base amplia para que las iniciativas de cooperación hagan frente a toda la serie de amenazas que pesan sobre las tortugas marinas y sus hábitat en la región. Concretamente, Australia señala que la amenaza a la que se enfrentan las tortugas marinas con motivo de las capturas accidentales se identifica expresamente como una de las cuestiones que seguirán estudiándose durante este proceso.

4.21 Australia aduce que no ha alegado, como afirman los Estados Unidos, que todas las medidas ambientales deban basarse en "procedimientos concertados y multilaterales". Sin embargo, el Órgano de Apelación ha indicado claramente que estas consideraciones atañen directamente al examen de si la medida de los Estados Unidos se ajusta a los requisitos del preámbulo del artículo XX. En concreto, el Órgano de Apelación subrayó que "[e]l carácter unilateral de la aplicación del artículo 609 acentúa la influencia perturbadora y discriminatoria de la prohibición de las importaciones y subraya su naturaleza injustificable". A este respecto, Australia considera que hay tres cuestiones especialmente pertinentes.

4.22 Australia opina que en primer lugar, ha sido y sigue siendo posible utilizar "procedimientos multilaterales y concertados" para hacer frente a las preocupaciones relativas a la conservación de las tortugas marinas, incluidas las que suscitan las capturas accidentales. En segundo lugar, los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba que indique que su medida en relación con las importaciones se basa ahora en "procedimientos multilaterales y concertados". En tercer lugar, en las presentes circunstancias, la cuestión que debe tratar el Grupo Especial es si los Estados Unidos habían demostrado la existencia de una justificación del mantenimiento de medidas relativas a la importación basadas en "procedimientos unilaterales y no concertados" suficiente para que se cumplan los requisitos del preámbulo del artículo XX.

4.23 Australia señala que los Estados Unidos han alegado que el argumento de Australia acerca de la existencia de otra vía para tratar las preocupaciones relativas a la conservación de las tortugas marinas se basa en dos premisas erróneas. En lo que respecta a la primera, Australia no ha sostenido, como afirmaban los Estados Unidos que un Miembro de la OMC haya de agotar todas las posibilidades de lograr sus objetivos por otros medios. En opinión de Australia la cuestión es si la medida de los Estados Unidos cumple los requisitos específicos del preámbulo del artículo XX.

A este respecto, Australia observa que el Órgano de Apelación señaló a la atención de las partes cuatro aspectos concretos en relación con el hecho de que los Estados Unidos no hubieran entablado negociaciones serias sobre la conservación de las tortugas marinas con otros países antes de aplicar su prohibición de las importaciones. Estos aspectos han mejorado gracias al avance logrado con la actual iniciativa de cooperación en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental.

4.24 La segunda de las "premisas erróneas" que los Estados Unidos identificaron en el argumento de Australia lo es porque "el progreso logrado en las negociaciones multilaterales en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental no se traducirá necesariamente en la consecución del objetivo ambiental de la medida de los Estados Unidos". Sin embargo, es difícil comprender en qué sentido la iniciativa regional podría ser sustancialmente inferior a la prohibición de las importaciones impuesta por los Estados Unidos en esta esfera. La prohibición de las importaciones sólo hace frente a una de las amenazas que pesan sobre las tortugas marinas, mientras que la actual iniciativa de cooperación en la región del Océano Índico responde a un enfoque más amplio. La actual iniciativa de cooperación proporciona un marco para abordar todas las cuestiones relativas a las capturas accidentales pertinentes a la conservación de las tortugas marinas, en tanto que la prohibición de las importaciones únicamente afectará directamente a la pesca orientada a la exportación. Además, la prohibición de las importaciones sólo será efectiva si induce a la adopción de DET, un resultado que, evidentemente, no puede garantizar.

4.25 En conclusión, Australia sostiene que un argumento clave de los Estados Unidos en apoyo del supuesto cumplimiento por ese país de las constataciones del Órgano de Apelación, es que han entablado negociaciones serias y de buena fe. Desde el punto de vista del artículo XX, el objetivo clave de unas negociaciones serias y de buena fe, en el contexto de esta diferencia, es que esas negociaciones estén encaminadas a tratar de impedir cualquier tipo de discriminaciones, en la medida de lo posible, o a limitar las discriminaciones que resulten inevitables a discriminaciones que no sean "arbitrarias" o "injustificables". Al mismo tiempo, las negociaciones deberían evitar cualquier restricción encubierta al comercio internacional, para garantizar el cumplimiento de todos los requisitos del preámbulo del artículo XX.

4.26 En resumen, Australia opina que los Estados Unidos deben poner de manifiesto qué iniciativas serias han adoptado con vistas a suprimir o eliminar las consecuencias discriminatorias de la prohibición de las importaciones. En concreto, las negociaciones de buena fe, encaminadas a hacer frente a las deficiencias en la aplicación del artículo 609 identificadas por el Órgano de Apelación, requerirían que los Estados Unidos entablaran conversaciones que pueden implicar cambios en lo que respecta a la existencia o naturaleza de la prohibición de las importaciones, así como en algunos aspectos de su aplicación. Sería un grave error interpretar equivocadamente que las constataciones del Órgano de Apelación han de entenderse en un sentido que no exija la supresión de la prohibición de las importaciones.

2. Ecuador

4.27 El Ecuador manifiesta que participa como tercero dado su interés comercial y las consecuencias sistémicas del asunto. El Ecuador es uno de los principales proveedores de camarones al mercado de los Estados Unidos y la cuestión del alcance del artículo XX del GATT de 1994 podría afectar a las exportaciones ecuatorianas.

4.28 El Ecuador considera que el Grupo Especial tiene ante sí un asunto muy delicado que requiere un examen cuidadoso de los argumentos presentados por las partes. Si bien en principio el mandato del Grupo Especial es determinar si los Estados Unidos han aplicado las conclusiones y recomendaciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), las consecuencias prácticas de las decisiones de este Grupo Especial serán que enviarán una clara señal sobre cuál es la aplicación adecuada del artículo XX del GATT, de manera que se evite un posible uso de las políticas ambientales para ocultar medidas comerciales proteccionistas.

4.29 El Ecuador comparte la preocupación legítima de los Estados Unidos, Malasia y otros Miembros de la OMC por la necesidad de preservar las especies marinas que pueden verse amenazadas por actividades económicas motivadas por consideraciones distintas de la sostenibilidad ambiental. No obstante, estas preocupaciones legítimas no son el objeto del presente debate. Lo que el Grupo Especial debe determinar es si los Estados Unidos han aplicado las conclusiones y recomendaciones adoptadas por el OSD y si las medidas que han tomado para la protección de las tortugas marinas son compatibles con las obligaciones que les imponen los Acuerdos de la OMC.

4.30 En opinión del Ecuador, los Estados Unidos mantienen una prohibición a la importación incompatible con el artículo XI del GATT de 1994. Los Estados Unidos no apelaron esta conclusión del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, ni sostienen ahora que dicha prohibición no esté en vigor. Por tanto, es más fácil, dadas las circunstancias, establecer que la cuestión que el presente Grupo Especial debe determinar es si los cambios que los Estados Unidos alegan haber introducido en la aplicación del artículo 609 son suficientes para acogerse a la excepción general prevista por el artículo XX del GATT.

4.31 El Ecuador cree que la carga de la prueba en este asunto recae en los Estados Unidos, a pesar de ser la parte demandada, dado que de lo que se trata es de la aplicación de una excepción a una medida incompatible con el GATT de 1994. Los Estados Unidos deben justificar dicha incompatibilidad respondiendo a todas las cuestiones planteadas por el Grupo Especial y, en particular, por el Órgano de Apelación sobre este asunto.

4.32 El Ecuador no comparte la opinión de los Estados Unidos de que, de conformidad con las constataciones del Órgano de Apelación, no está necesariamente obligado a levantar la prohibición de las importaciones de camarón. Por el contrario, si los Estados Unidos no pueden demostrar que han cumplido todas las condiciones establecidas por el Órgano de Apelación al determinar que la medida constituye una discriminación arbitraria e injustificable y que, por tanto, no es aplicable la excepción prevista por el artículo XX del GATT, los Estados Unidos deberán eliminar la prohibición de las importaciones de camarón modificando el artículo 609.

4.33 El Ecuador considera inadmisible que se tolere una violación del artículo XI del GATT a la espera de que los Estados Unidos modifiquen la aplicación del artículo 609 de la Ley de Comercio Exterior. No es posible aplicar durante más tiempo dicho razonamiento, adoptado por los Estados Unidos durante el plazo prudencial. En caso de que el Grupo Especial constate que los Estados Unidos no han aplicado plenamente las conclusiones y recomendaciones adoptadas por el OSD, los Estados Unidos no tienen derecho a un plazo prudencial adicional.

3. Comunidades Europeas

4.34 Las Comunidades Europeas observan con gran preocupación que, contrariamente a lo que prescribe el párrafo 2 del artículo 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), en la solicitud de establecimiento de un grupo especial en el presente asunto no se menciona si se han celebrado consultas entre Malasia y los Estados Unidos antes de someter al Grupo Especial el desacuerdo sobre la compatibilidad de las medidas aplicadas por los Estados Unidos con un acuerdo abarcado.¹²⁶ Si bien las partes en la presente diferencia acordaron por medio de un canje de notas de fecha 22 de diciembre de 1999¹²⁷ celebrar consultas antes de solicitar el establecimiento de un grupo especial¹²⁸, la notificación de la solicitud de celebración de consultas prevista por el párrafo 4 del

¹²⁶ WT/DS58/17, 13 de octubre de 2000.

¹²⁷ WT/DS58/16, 12 de enero de 2000.

¹²⁸ *Ibid.*, párrafo 2.

artículo 4 del ESD no se presentó al OSD ni se distribuyó a los Miembros de la OMC. Por tanto, nada indica que en el caso que nos ocupa se hayan celebrado dichas consultas.

4.35 En este contexto, las Comunidades Europeas observan que en algunos casos se ha desarrollado una práctica incompatible y contradictoria en la que las partes recurren a los procedimientos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD sin observar el requisito establecido por el artículo 4 del ESD, de celebrar consultas antes de presentar una solicitud de establecimiento de un grupo especial. En algunos casos, las partes han acordado bilateralmente una dispensa de las consultas formales de conformidad con el artículo 4 del ESD. A pesar de que el acuerdo bilateral en el presente caso establece explícitamente que se celebrarán consultas antes de someter el desacuerdo al Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, no existe indicación alguna, como se menciona *supra*, de que dichas consultas se hayan realmente celebrado y, en el caso de que lo hayan sido, ciertamente no se celebraron de conformidad con los requisitos de procedimiento establecidos por el artículo 4 del ESD.

4.36 Sin embargo, en opinión de las Comunidades Europeas, la etapa procesal de celebración de consultas es de una importancia capital para el sistema de solución de diferencias. Las consultas dan a las partes la oportunidad de resolver su desacuerdo sin que la diferencia tenga que ser objeto de una decisión y, en el peor de los casos, permite a las partes aclarar los puntos concretos sobre los que sigue existiendo un desacuerdo. En este sentido, las consultas contribuyen a asegurar que el procedimiento del grupo especial se limita a las cuestiones sobre las que existe un desacuerdo real e importante. Además, cualquier solicitud de celebración de consultas de conformidad con el artículo 4 del ESD debe distribuirse a todos los Miembros de la OMC con el fin de identificar y acotar la diferencia, permitiendo así a los posibles terceros preparar sus solicitudes de participación en el procedimiento. A este respecto, cabe recordar que los terceros pueden participar en las consultas solicitadas de conformidad con cualquiera de las disposiciones citadas en el párrafo 11 del artículo 4 y la nota 4 del ESD. Por consiguiente, los derechos de los terceros quedan claramente menoscabados por la omisión de la etapa de consultas formales dentro del procedimiento de solución de diferencias.

4.37 En el marco de la diferencia sobre los *Bananos*, las Comunidades Europeas expresaron claramente¹²⁹ que consideran necesaria la celebración de consultas de conformidad con el artículo 4 del ESD antes de que pueda solicitarse el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El motivo es la referencia recogida en el párrafo 5 del artículo 21 de que cualquier diferencia en materia de aplicación "se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias". En opinión de las Comunidades Europeas "los presentes procedimientos de solución de diferencias" incluyen las consultas y el derecho de apelación. Esta opinión se basa en el carácter multilateral del procedimiento, que incluye los derechos procesales de los demás Miembros de la OMC, en particular de los posibles terceros, y un procedimiento de solución de diferencias normalizado cuyos rasgos básicos no pueden modificarse simplemente porque lo decidan las partes en un caso determinado.

4.38 Las Comunidades Europeas sostienen que si las partes en una diferencia fueran totalmente libres de utilizar el procedimiento de su elección (*quod non*), esto pondría en peligro los derechos de los terceros consagrados en el ESD (en particular en el párrafo 11 del artículo 4 y el artículo 10). Nada podría evitar que las partes acordaran bilateralmente no sólo omitir la etapa procesal de las consultas, sino también evitar otras etapas procesales, como la fase del grupo especial, y presentar su diferencia directamente ante el Órgano de Apelación (por ejemplo, para "ganar tiempo" y excluir a los terceros, que no puedan participar en el procedimiento del Órgano de Apelación si no han reservado su derecho a participar durante el procedimiento anterior del grupo especial). Esto también significaría que las partes podrían libremente acordar entre ellas que el informe del grupo especial de

¹²⁹ Declaración de las CE en la reunión del OSD celebrada el 22 de septiembre de 1998, documento WT/DSB/M/48, página 8.

conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD no es vinculante y puede ser sometido a algún tipo de examen por cualquier otro organismo internacional distinto de la OMC.

4.39 Las Comunidades Europeas creen que estas hipótesis no son compatibles con la naturaleza multilateral de los procedimientos establecidos por el ESD, los derechos procesales de los terceros y, sobre todo, con el esquema general de frenos y contrapesos procesales incluidos en el sistema de solución de diferencias. El ESD ofrece el suficiente grado de flexibilidad para adaptar los requisitos procesales básicos a las necesidades de las partes en las distintas diferencias. Por ejemplo, el párrafo 7 del artículo 4 (segunda oración) del ESD permite a las partes acortar el plazo de 60 días sobre la base de un acuerdo bilateral. Si las partes en la diferencia están de acuerdo, se establecerá un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en la reunión siguiente a aquella en la que la petición haya sido considerada por el OSD (párrafo 1 del artículo 6 del ESD). Los grupos especiales podrán proponer procedimientos de trabajo especiales tras celebrar consultas con las partes (párrafo 1 del artículo 12 del ESD). Todas estas disposiciones indican que existe un grado de flexibilidad en el procedimiento, que depende en gran parte del acuerdo de las partes en la diferencia. Sin embargo, ninguna de estas disposiciones permite a las partes en la diferencia omitir simplemente una de las etapas procesales esenciales antes de solicitar la siguiente.

4.40 Las Comunidades Europeas consideran que se menoscaban todas las funciones importantes de las consultas si se considera que las partes en la diferencia pueden "adelantarse a la señal de partida" y recurrir al procedimiento del grupo especial sin celebrar en primer lugar consultas formales de conformidad con el artículo 4 del ESD. Además, de cualquier modo deben celebrarse consultas para acordar el procedimiento a seguir y, evidentemente, también son una ocasión para tratar de cuestiones sustantivas. Por tanto, en realidad no se gana tiempo alguno al omitir esta etapa del procedimiento. La única consecuencia es que se pone a los terceros en desventaja y que el grupo especial deberá abordar cuestiones sobre las que no existe un desacuerdo real.

4.41 En conclusión, las Comunidades Europeas sostienen firmemente que las normas del ESD existentes no permiten que las partes en una diferencia simplemente acuerden de forma bilateral prescindir de las consultas previstas en el artículo 4. Cualquier otro enfoque conduce a una incertidumbre procesal inaceptable sobre los límites de las garantías procesales para ambas partes y cercena derechos de los terceros, consagrados claramente en el ESD. Si las partes en la diferencia no respetan sus obligaciones dimanantes del artículo 4 del ESD, el Grupo Especial debería deducir la consecuencia de esta omisión de las partes y resolver que la diferencia no se ha planteado adecuadamente (o que es inadmisibles, para utilizar el término técnico), dado que en el presente caso no se han cumplido todas las etapas procesales necesarias antes de someter la diferencia al Grupo Especial.

4.42 En caso de que el Grupo Especial concluya que, no obstante, es necesario examinar el fondo del asunto, las Comunidades Europeas plantean las siguientes cuestiones.

4.43 Las Comunidades Europeas señalan que las partes en la presente diferencia parecen estar de acuerdo en que los Estados Unidos han entablado serias negociaciones relativas a las medidas de conservación para la protección de las tortugas marinas en el Océano Índico. Malasia reconoce que se han hecho importantes avances hacia la conclusión de un acuerdo sobre las normas aplicables a las ya mencionadas técnicas pesqueras en el Océano Índico. Sin embargo, Malasia alega que hasta que no se haya concluido un acuerdo sobre esas técnicas pesqueras, los Estados Unidos están obligados por las recomendaciones y resoluciones del OSD en este caso a dejar de aplicar el artículo 609 de su Ley relativa a la protección de tortugas en las operaciones de pesca con redes de arrastre de camarón, a los camarones y los productos del camarón importados de Malasia.

4.44 Las Comunidades Europeas señalan que Malasia alega que las modificaciones hechas en 1999 a las Directrices para la aplicación del artículo 609 (las Directrices Revisadas) no bastan para hacer que las medidas estadounidenses sean compatibles con sus obligaciones en virtud de la OMC, de

acuerdo con las recomendaciones y resoluciones del OSD en este caso. Malasia argumenta que no se le puede obligar a presentar sus propias medidas de conservación para analizar su equivalencia con las normas de los Estados Unidos, porque esto significaría someterse a normas unilateralmente determinadas por los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas comparten la preocupación de Malasia en relación con la aplicación unilateral de normas nacionales fuera del territorio del Estado que las ha creado.

4.45 En este contexto, las Comunidades Europeas señalan que las Directrices Revisadas se conforman con normas que son "equivalentes" en términos de eficacia a las normas aplicables a los arrastreros de camarones de los Estados Unidos. Por tanto, los Estados Unidos no aplican sus normas nacionales como tales a las actividades pesqueras extranjeras. Lo que los Estados Unidos desean poder determinar es la eficacia de las medidas adoptadas por Malasia.

4.46 Las Comunidades Europeas señalan que el Órgano de Apelación subrayó específicamente en el caso *Estados Unidos - Camarones* que el preámbulo del artículo XX del GATT obliga a los Estados Unidos a aplicar sus medidas de conservación de manera compatible con la necesidad de negociación y cooperación internacional. Además, las Comunidades Europeas señalan que la cooperación internacional, que es lo opuesto de la acción unilateral, no se puede llevar a cabo de manera fructífera si no existe un intercambio de información antes de que pueda considerarse la posibilidad de realizar esfuerzos de cooperación más importantes.

4.47 Por consiguiente, las Comunidades Europeas consideran que una petición de información sobre datos empíricos fácilmente disponibles y estudios científicos objetivos relativos a la eficacia de las medidas de conservación adoptadas por un país extranjero es una parte necesaria del esfuerzo de cooperación. Evidentemente, pedir unos datos que no estén fácilmente disponibles, cuya búsqueda puede resultar onerosa, no constituye quizá un esfuerzo razonable de cooperación actuando de buena fe. Las Comunidades Europeas no pueden juzgar si resultaría difícil para Malasia demostrar la eficacia de sus propias medidas de conservación o, en caso de que no existan tales medidas, si podría demostrar con datos empíricos fácilmente disponibles que no existe necesidad alguna de medidas de ese tipo dadas las condiciones específicas existentes en las aguas en que faenan los arrastreros de camarones de Malasia. Las Comunidades Europeas señalan que en las comunicaciones escritas de Malasia se hace alguna referencia a dichas condiciones.

4.48 Las Comunidades Europeas consideran que la alegación de Malasia de que los Estados Unidos están aplicando normas de eficacia unilaterales no se sostiene si es Malasia quien se niega a cooperar comunicando a los Estados Unidos y a otras naciones interesadas, basándose en estudios científicos y datos empíricos fácilmente disponibles, el estado de conservación de las tortugas marinas amenazadas por los arrastreros de camarones en aguas del Océano Índico. Después de todo, no cabe duda de que las tortugas marinas de las especies a las que hace referencia el artículo 609 se cuentan entre las especies amenazadas de extinción según la CITES, y que dichas tortugas marinas forman parte de un "patrimonio común" que no puede ser protegido adecuadamente por un único Estado si no existe algún tipo de cooperación internacional. La cooperación internacional significa, como mínimo, la comunicación de los datos pertinentes disponibles entre las naciones participantes en dicha cooperación.

4.49 En opinión de las Comunidades Europeas, las recomendaciones y resoluciones del OSD exigían a los Estados Unidos la iniciación de negociaciones durante el plazo prudencial con el fin de aplicar el artículo 609 de manera no discriminatoria. Malasia confirma que dichas negociaciones se han iniciado con los Estados Unidos y que, en el momento actual, están "muy avanzadas". Sería difícil pretender que existe una obligación de obtener resultados cuando se trata de negociaciones internacionales. Más bien, parafraseando la tercera oración del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, siempre se ha de preferir que las partes en esta diferencia encuentren una solución mutuamente aceptable que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. Tal solución podrá conseguirse más fácilmente concluyendo un acuerdo internacional sobre la conservación de las tortugas marinas en el

Océano Índico. Claro está que, puesto que la conclusión de un acuerdo internacional de este tipo depende del consentimiento de ambas partes, no resulta posible exigir a las partes que lleguen a tal acuerdo en un momento determinado, como sería, en este caso, el final del plazo prudencial.

4.50 En otro orden de cosas, las Comunidades Europeas observan que Malasia señala a la atención del Grupo Especial el hecho de que un tribunal nacional de los Estados Unidos ha considerado que las Directrices Revisadas son incompatibles con el artículo 609. A este respecto, Malasia alega que, aunque la resolución del tribunal en este caso se encuentra en trámite de apelación y que, mientras tanto, dicha resolución no ha conducido a un cambio en la manera en que se aplican las Directrices Revisadas, los Estados Unidos deben asumir la responsabilidad internacional por las resoluciones de sus tribunales.

4.51 Las Comunidades Europeas sostienen que es cierto que la resolución de un tribunal nacional en este caso arroja una duda sobre la capacidad de los Estados Unidos para seguir aplicando las Directrices Revisadas sin modificar el artículo 609. En estos momentos esta cuestión está pendiente y puede dificultar la capacidad de tomar decisiones fundamentadas sobre la posibilidad de acceso al mercado de los Estados Unidos de los camarones y los productos del camarón procedentes de países que no han obtenido el certificado. Por otro lado, no parece que la resolución de un tribunal nacional tenga un efecto inmediato sobre la capacidad de los Estados Unidos para adoptar un enfoque más flexible hacia las importaciones de camarones y productos del camarón, como exige el Órgano de Apelación.

4.52 Así, en conclusión, las Comunidades Europeas consideran que la presente reclamación de Malasia es algo prematura. No obstante, dado que las Comunidades Europeas no están en posesión de todos los elementos fácticos que pueden resultar pertinentes para la resolución de esta diferencia, se abstendrán de hacer sugerencias más detalladas sobre la manera en que el Grupo Especial debe resolver esta diferencia.

4.53 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre los esfuerzos para alcanzar una solución multilateral relativa a la conservación de las tortugas marinas, las Comunidades Europeas consideran que el informe sobre las *Consultations on Needs and Mechanisms for Regional Conservation and Management of Marine Turtles* celebradas en Perth, Australia Occidental, del 19 al 22 de octubre de 1999, presenta un panorama completo de los esfuerzos emprendidos a nivel multilateral para desarrollar métodos de conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico. Las Comunidades Europeas no pueden aportar más información sobre estas negociaciones (ni sobre las negociaciones de la Convención interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas, en las que no participó) de la que ya se ha presentado al Grupo Especial.

4.54 En respuesta a la cuestión planteada por Malasia sobre la carga de la prueba, las Comunidades Europeas se remiten a la siguiente constatación del Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*:

"A la parte que invoca la excepción corresponde la carga de demostrar que una medida que se justifica provisionalmente como 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, por ejemplo el apartado g) del artículo XX, abarca la medida de que se trata."¹³⁰

4.55 Además, como se deduce de su respuesta a la misma cuestión, los Estados Unidos aceptan que invocan como defensa afirmativa que su medida, tal y como ha sido modificada, entra dentro del

¹³⁰ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 26 y ss.

ámbito del artículo XX. Como explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Camisas de lana*, la carga de fundar esa defensa incumbe a la parte que la invoca. Por tanto, parece que no existe ninguna diferencia en relación con la cuestión planteada por Malasia sobre la carga de la prueba.

4. Hong Kong, China

4.56 Hong Kong, China, presenta su comunicación en calidad de tercero en este caso por tener un interés sistémico y jurídico. Hong Kong, China, también señala que intervino como tercero y como tercero participante en los procedimientos del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación, respectivamente.

4.57 En resumen, la comunicación escrita de Hong Kong, China, pretende en primer lugar establecer cuál es el marco jurídico adecuado para examinar la cuestión de si los Estados Unidos han aplicado o no las recomendaciones y resoluciones del OSD. A este respecto, Hong Kong, China, expone su interpretación del mandato de los "grupos especiales sobre el cumplimiento" e identifica las recomendaciones y resoluciones del OSD que este Grupo Especial sobre el cumplimiento debería examinar. Esta comunicación también aspira a responder a la cuestión surgida con respecto al caso en que un tribunal nacional revoca las medidas de aplicación adoptadas por un Miembro de la OMC.

4.58 Con respecto al mandato de los grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, Hong Kong, China, menciona un caso reciente del Órgano de Apelación y sostiene que lo que un grupo especial sobre el cumplimiento debe decidir es si una medida nueva (en comparación con la diferencia original) es en sí misma compatible con los Acuerdos de la OMC, en particular con las disposiciones específicas con las que el grupo especial o el Órgano de Apelación constataron que la medida original era incompatible. Esta nueva medida también debe ser una medida relacionada con la diferencia original, es decir, una medida que el Miembro de la OMC afectado considera adecuada para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

4.59 Hong Kong, China, recuerda las resoluciones pertinentes del Órgano de Apelación y sostiene que el Grupo Especial sobre el cumplimiento debe examinar si las medidas aplicadas por los Estados Unidos como consecuencia de las resoluciones del OSD, que se adoptaron para cumplir dichas resoluciones, son compatibles con las disposiciones pertinentes del GATT.

4.60 Hong Kong, China, recuerda la declaración formulada por los Estados Unidos de que en su comunicación escrita para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación no es necesario abordar todos los aspectos, debido a que la expresión "efecto acumulativo" utilizada en el párrafo 176 del informe del Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Camarón*, tal y como la interpretan los Estados Unidos, significa que las constataciones de discriminación injustificable formuladas por el Órgano de Apelación dependían de un conjunto de aspectos de la aplicación del artículo 609. Hong Kong, China, discrepa de esta interpretación, aunque señala que, a pesar de dicha declaración, los Estados Unidos afirman también que, de hecho, han abordado todas las deficiencias en la aplicación del artículo 609.

4.61 En el caso de que las medidas adoptadas sean revocadas por un tribunal nacional, Hong Kong, China, se remite a una decisión del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos, que se ha adjuntado a la comunicación escrita de Malasia. La cuestión jurídica que surge es si, a la vista de la decisión del Tribunal de Comercio Internacional mencionada *supra*, se puede considerar que los Estados Unidos han cumplido sus obligaciones en el marco de la OMC. Hong Kong, China, considera que las otras cuestiones que se plantean ante el Grupo Especial sobre el cumplimiento son si la aplicación se produce una vez que se han tomado medidas legislativas/administrativas, y cuáles son los efectos de las acciones judiciales subsiguientes que ponen en entredicho las ya mencionadas medidas legislativas/administrativas de aplicación.

4.62 Por último, Hong Kong, China, insiste en que la protección del medio ambiente en general y la conservación de las tortugas marinas, en particular, no son el objeto de esta diferencia. De hecho, todas las partes y los terceros en la diferencia apoyan plenamente estas causas. La cuestión es si las medidas concretas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD son compatibles con las disposiciones de la OMC, y en particular con el preámbulo del artículo XX del GATT.

4.63 En respuesta a la pregunta formulada por el Grupo Especial sobre los esfuerzos desplegados para alcanzar una solución multilateral en relación con la conservación de las tortugas marinas, Hong Kong, China, responde que no ha participado en ninguna negociación con los Estados Unidos al respecto.

5. India

4.64 La India manifiesta que el artículo 609 en su presente forma y modo de aplicación equivale a un embargo económico unilateral. Dicho artículo exige a otros Miembros que quieran acceder al mercado de los Estados Unidos que adopten esencialmente la misma política relativa a los camarones y las tortugas que los Estados Unidos, sin tener en cuenta las condiciones de los distintos países. El carácter unilateral de esta medida aumenta sus efectos perturbadores y discriminatorios. Esta medida debería ser multilateral y concertada. A este respecto, la India insta al Grupo Especial a que tenga en consideración los principios 7, 11 y 12 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. La India se suma también a Malasia y las otras partes en su llamamiento a los Estados Unidos para que eliminen la medida, es decir, el artículo 609 y la prohibición a la importación impuesta por dicho artículo.

4.65 En respuesta a la cuestión planteada por Malasia con respecto a la carga de la prueba en este caso, la India coincide con Malasia en que la carga de la prueba recae en los Estados Unidos, que deben demostrar si las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD están justificadas al amparo del artículo XX del GATT.

4.66 En respuesta a la pregunta formulada por el Grupo Especial relativa a los esfuerzos encaminados a alcanzar una solución multilateral en relación con la conservación de las tortugas marinas, la India señala que participó en el Seminario de Perth celebrado los días 19 a 22 de octubre de 1999. En dicho Seminario se examinó la necesidad de la cooperación regional para la conservación y ordenación de las tortugas marinas, y cuáles serían sus mecanismos, y se adoptó una resolución sobre la elaboración de un acuerdo regional sobre la conservación y ordenación de las tortugas marinas y sus hábitat en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. La India asistió también a la reunión de seguimiento celebrada en Malasia del 11 al 14 de julio de 2000. En esta reunión se examinaron distintos aspectos de la conservación de las tortugas marinas y se introdujeron otras modificaciones en el proyecto de acuerdo. Este proyecto de acuerdo se distribuyó a las distintas partes para su examen y firma. La India observa que aún está estudiando dicho proyecto de acuerdo. La India confirma su condición de signatario de la Convención de Bonn sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres.

6. Japón

4.67 El Japón considera importante preservar el medio ambiente a nivel mundial, y esencial la protección de las especies amenazadas. Al mismo tiempo, es necesario asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen entre sí. Como ya manifestó el Japón durante los debates del Comité de Comercio y Medio Ambiente, cuando una medida comercial se aplica con fines ambientales es necesario asegurar que tal medida no se utiliza: a) para encubrir el proteccionismo; ni b) de manera arbitraria. El Japón cree que el uso extraterritorial de medidas comerciales unilaterales puede provocar inquietud por su posible aplicación arbitraria y discriminatoria. Cuando este tipo de

medidas se utilizan en las políticas ambientales, debe comprobarse cuidadosamente su compatibilidad jurídica.

4.68 En opinión del Japón, la cuestión jurídica que debe resolver este Grupo Especial es si las medidas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD son suficientes para justificar la prohibición a la importación al amparo del artículo XX del GATT (en particular, del preámbulo del artículo XX). Si bien los Estados Unidos podrían haber aplicado plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD levantando la prohibición a la importación que establece el artículo 609, el Japón no está de acuerdo con el argumento de que las recomendaciones del OSD exigen necesariamente que los Estados Unidos levanten la prohibición a la importación.

4.69 El Japón considera que, puesto que las disposiciones del artículo XX son "excepciones" a los principios básicos del GATT, deberían aplicarse de manera estricta. El Japón coincide plenamente con el informe del Órgano de Apelación en 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]".¹³¹ Por tanto, el Japón cree que si los Estados Unidos mantienen la prohibición a la importación, todos los aspectos examinados por el Órgano de Apelación en la diferencia original deberían volver a examinarse cuidadosamente para determinar si la medida de los Estados Unidos es ahora justificable de conformidad con el artículo XX. A este respecto, el Japón no puede aceptar el argumento de los Estados Unidos de que "para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación no es necesario abordar todos los aspectos". El Japón estima importantes los argumentos presentados por Australia, por ejemplo: a) que "los Estados Unidos no parecen haber expuesto ninguna opinión sobre el tipo de medidas que han adoptado, o estaban obligados a adoptar, para hacer frente a la cuestión de las diferencias existentes en los plazos de introducción gradual de DET"; y b) que "los Estados Unidos no han presentado en su primera comunicación ninguna prueba que indique que haya habido un cambio en los "procedimientos unilaterales y no concertados" de la prohibición de las importaciones [...] ni de que la prohibición se base ahora en "procedimientos concertados y multilaterales".

4.70 En respuesta a la pregunta formulada por el Grupo Especial sobre los esfuerzos realizados para la conservación de las tortugas marinas, el Japón manifiesta que no ha participado en ninguna negociación bilateral o multilateral con los Estados Unidos. Sin embargo, la conservación de las tortugas marinas en general ha sido uno de los puntos del orden del día de la Conferencia de las Partes de la CITES, en la que tanto los Estados Unidos como el Japón participaron. En su reunión de 2000, la CITES examinó una propuesta para reclasificar o transferir una especie concreta de tortuga marina (la tortuga carey) del apéndice I al apéndice II con el fin de modificar la reglamentación de importación y exportación aplicada por la CITES.

4.71 La opinión del Japón sobre la cuestión planteada por Malasia con respecto a la carga de la prueba es que el asunto jurídico fundamental que este Grupo Especial debe examinar es si las medidas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD son suficientes para justificar la prohibición de las importaciones en virtud del artículo XX del GATT. El Japón entiende que el argumento de los Estados Unidos en este procedimiento es, básicamente, que los Estados Unidos han rectificado todos los problemas identificados en las recomendaciones y resoluciones del OSD y que ahora la prohibición de las importaciones en virtud del artículo 609 está justificada por las disposiciones del artículo XX.

4.72 En general, dado que las disposiciones del artículo XX son "excepciones" a los principios básicos del GATT, el Japón considera que la carga de demostrar una defensa afirmativa basada en estas disposiciones incumbe a la parte que la invoca. Este es un principio bien establecido y fue confirmado por el Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Medida que afecta a las*

¹³¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 116.

*importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India.*¹³² El Japón también considera que la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*¹³³ lleva a la conclusión en este contexto de que la antedicha asignación de la carga de la prueba no se alteraría ni siquiera ante un grupo especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21.

7. México

4.73 Como observación de carácter general México declara que no cree que este caso se refiera a una diferencia relativa al medio ambiente. La OMC no es el foro adecuado para plantear tales cuestiones. Además, ninguna de las partes, ni los terceros, ponen en entredicho que sea adecuado proteger el medio ambiente en general, o las especies migratorias como las tortugas marinas, en particular. México reitera su interés sustancial en este caso, entre otras cosas, por sus implicaciones sistémicas para la interpretación de las excepciones generales al GATT de 1994.

4.74 Con respecto al mandato del Grupo Especial, México coincide con el razonamiento seguido por el Órgano de Apelación en la diferencia *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*¹³⁴, sobre todo teniendo en cuenta que el mandato del presente Grupo Especial no se limita a determinar si los Estados Unidos han cumplido o no las recomendaciones y resoluciones del OSD, sino que consiste en determinar si la medida adoptada por los Estados Unidos es compatible con el acuerdo abarcado, en este caso con el GATT de 1994.

4.75 En vista de que las partes parecen estar de acuerdo en que la medida adoptada por los Estados Unidos sigue constituyendo una "prohibición o restricción" en el sentido del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994¹³⁵, México argumenta que el ámbito de la presente diferencia se limita a determinar si la medida queda justificada por el artículo XX del GATT¹³⁶ y, concretamente por el preámbulo de dicho artículo.

4.76 México coincide con el Grupo Especial en que el artículo XX es una excepción limitada y condicional de las obligaciones impuestas por otras disposiciones del Acuerdo General, *no una norma positiva que establezca por sí misma obligaciones*, y que, por tanto, se ha interpretado de manera restringida.

¹³² Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R (en adelante "*Estados Unidos – Camisas de lana*").

¹³³ Adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/AB/RW (en adelante "*Brasil - Aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*"), párrafo 66.

¹³⁴ Adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS70/AB/RW (en adelante "*Canadá - Aeronaves - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*"), párrafo 41.

¹³⁵ México señala que en el párrafo 7.17 del informe, el Grupo Especial en este caso (WT/DS58/R) declaró que "el texto del artículo 609 y la interpretación del mismo hecha por el CIT son pruebas suficientes de que los Estados Unidos imponen una "prohibición o restricción" en el sentido del párrafo 1 del artículo XI. Por lo tanto llegamos a la conclusión de que el artículo 609 viola el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994". México señala que esta constatación no ha sido objeto de apelación.

¹³⁶ México se refiere al párrafo 187 c) del informe del Órgano de Apelación, que dice que la medida adoptada por los Estados Unidos "si bien reúne las condiciones para una justificación provisional al amparo del apartado g) del artículo XX, no cumple los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no está justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994".

4.77 Con respecto a las acciones emprendidas por los Estados Unidos para conformar su medida a las recomendaciones y resoluciones del OSD, México alega que los Estados Unidos se han limitado a modificar la *aplicación* de su ley basándose en las constataciones del Órgano de Apelación.

4.78 Así, al referirse a las diferencias de trato que constituyen una "discriminación injustificable", los Estados Unidos indican que:

- a) se ha introducido una mayor flexibilidad en la aplicación del artículo 609;
- b) ya no se prohíbe la importación de camarones capturados por barcos que utilizan DET, aunque sean originarios de países que no han obtenido el certificado. (Los Estados Unidos reconocen que este aspecto es objeto de procedimientos judiciales nacionales.);
- c) se ha realizado un esfuerzo por entablar negociaciones con las partes reclamantes, en particular con Malasia y otros países del Océano Índico; y
- d) se han ofrecido y prestado servicios de asistencia técnica.

4.79 En cuanto a la medida adoptada por los Estados Unidos que se ha considerado que constituye un medio de discriminación arbitraria, México señala la observación formulada por los Estados Unidos de que ha resuelto los dos problemas principales, a saber, la falta de flexibilidad y la falta de transparencia (conceptos precisados en los apartados a) y b) *supra*).

4.80 Con respecto a si los Estados Unidos han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, México considera que el argumento de los Estados Unidos de que tan sólo necesitan modificar determinados aspectos de la *aplicación* de su legislación es excesivamente minimalista, sobre todo cuando se trata de justificar una medida al amparo de las excepciones generales al GATT de 1994. En opinión de México, para determinar si la medida adoptada por los Estados Unidos es ahora compatible con el GATT de 1994, el Grupo Especial debería considerar lo siguiente:

- a) Si la medida de los Estados Unidos se puede justificar al amparo del artículo XX.
- b) Si el procedimiento judicial en el asunto *Turtle Island Restoration Network and Anor. v. Robert L. Mallett Acting Secretary of Commerce and Anor. and National Fisheries Institute Inc.* constituye, en sí mismo, un incumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

4.81 La argumentación de México relativa a la justificación de la medida de conformidad con el artículo XX es la siguiente:

- a) El Grupo Especial determinó que la medida adoptada por los Estados Unidos constituye una violación del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Esta determinación no ha sido objeto de apelación.
- b) El Órgano de Apelación constató que la medida no era justificable de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994 porque se aplicaba de manera que constituía una discriminación arbitraria y una discriminación injustificable.

- c) El Órgano de Apelación no se pronunció sobre el tercer elemento del preámbulo del artículo XX (restricción encubierta al comercio internacional).¹³⁷
- d) Los Estados Unidos decidieron mantener una prohibición a la importación que había sido declarada incompatible con el artículo XI del GATT de 1994, y alegan que, por el mero hecho de seguir las constataciones del Órgano de Apelación, han puesto su medida en conformidad.
- e) México sostiene que no basta con que los Estados Unidos demuestren que han seguido las constataciones del Órgano de Apelación, sino que deben demostrar que su medida ya no constituye un medio de discriminación arbitraria o injustificable y, además, que no se aplica de manera que constituya una restricción encubierta al comercio internacional.
- f) Los Estados Unidos no han demostrado que no aplican la medida de manera que constituya una restricción encubierta al comercio internacional. De hecho, México considera que el Grupo Especial únicamente podría examinar este aspecto si los Estados Unidos presentaran argumentos al respecto. Al no ser así, México no ve de qué manera el Grupo Especial podría justificar la medida adoptada por los Estados Unidos al amparo del artículo XX.
- g) Dado que la medida no puede justificarse de conformidad con el artículo XX del GATT, prevalece la constatación de que la medida adoptada por los Estados Unidos es incompatible con el artículo XI del GATT.

4.82 México recuerda que los Estados Unidos han afirmado que México no tenía en cuenta que las partes ya habían debatido la cuestión de la restricción encubierta durante el procedimiento del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto, y que, además el Órgano de Apelación había apoyado la posición de los Estados Unidos en el sentido de que su medida no constituía una restricción encubierta al comercio internacional. Sin embargo, México observa que, al referirse al informe del Grupo Especial, los Estados Unidos se han limitado a repetir los argumentos que ya habían presentado, y que el Grupo Especial claramente no respaldó. Además, los Estados Unidos han hecho referencia a dos párrafos (140 y 141) del informe del Órgano de Apelación sin mencionar que dichos párrafos se referían al apartado g) del artículo XX y no al preámbulo.

4.83 México desea formular observaciones acerca del procedimiento judicial del asunto *Turtle Island Restoration Network and Anor. v. Robert L. Mallett Acting Secretary of Commerce and Anor. and National Fisheries Institute Inc.* Malasia sostiene que el CIT determinó que el hecho de permitir la entrada de camarones o productos del camarón pescados por barcos que utilicen DET, pero que proceden de países que no han obtenido el certificado, constituye una violación de los términos del artículo 609, razón por la que la Administración no debería aplicar las Directrices Revisadas. Por tanto, los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. México toma nota de que la respuesta de los Estados Unidos consiste en que Malasia había interpretado erróneamente la resolución del tribunal, que no obligaba al Departamento de Estado de los Estados Unidos a cambiar su actual política y que, de hecho, el asunto está siendo actualmente examinado por un tribunal de apelación, razón por la que no se ha modificado la medida por el momento.

4.84 México toma nota de los argumentos y considera que la prohibición de las importaciones de camarón pescado con DET simplemente porque se carece de certificado puede resultar perjudicial.

¹³⁷ México señala que en el párrafo 184 de su informe, el Órgano de Apelación declaró que "habiendo llegado a esta constatación, no es necesario que examinemos también si la medida de los Estados Unidos se aplica en forma que constituye una 'restricción encubierta al comercio internacional' a tenor del preámbulo del artículo XX".

4.85 En respuesta a la pregunta formulada por el Grupo Especial sobre los esfuerzos realizados para alcanzar un acuerdo multilateral, México señala que los esfuerzos encaminados a lograr una solución multilateral no guardan relación con la determinación del cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones del artículo XX. De otro modo, se deduciría que es necesario un mínimo nivel de esfuerzo para determinar si una medida está justificada o no. En opinión de México, ese límite mínimo no se establece, ni explícita ni implícitamente, en el artículo XX, además de que sería necesario especificar qué parte o partes deberían ser responsables de tal esfuerzo: la parte que impone la medida o la que sufre las consecuencias de la medida. Tampoco se justifica una prohibición a la importación basándose en que no se han concluido las negociaciones para alcanzar un acuerdo internacional, dado que el éxito o el fracaso de una negociación multilateral no garantiza tampoco el cumplimiento de todas las prescripciones del artículo XX.

4.86 México argumenta que una prohibición a la importación puede aplicarse de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable, incluso cuando el Miembro que impone la prohibición o los demás Miembros involucrados hayan realizado esfuerzos importantes, actuando de buena fe, para alcanzar una solución multilateral. Es más, independientemente de que se hayan entablado o no negociaciones, todos los Miembros de la OMC deben cumplir en primer lugar sus obligaciones sustantivas en virtud de los acuerdos abarcados, incluido el artículo XI del GATT. Cuando esto no es posible y el Miembro afectado decide acogerse a las excepciones generales, debe también cumplir todas y cada una de las prescripciones establecidas en el artículo XX. De otro modo, tal Miembro no tendría derecho a imponer una prohibición o una restricción cuantitativa a la importación de productos, independientemente de su objetivo y de si ha entablado o no negociaciones con otros Miembros.

4.87 En lo tocante a las comunicaciones remitidas al Grupo Especial por organizaciones no gubernamentales, México desea formular las siguientes observaciones:

- a) En español el significado normal del verbo recabar, tal y como se utiliza en el artículo 13 del ESD es: "*alcanzar, conseguir con instancias o súplicas lo que se desea*", o "*pedir, solicitar*". Las atribuciones del Grupo Especial se limitan a "*pedir o solicitar*" o a "*alcanzar, conseguir con instancias o súplicas lo que desea*". Por tanto, si el Grupo Especial no toma tal iniciativa, el artículo 13 no es aplicable.
- b) Los Estados Unidos adjuntaron a su escrito una comunicación de una entidad llamada Center for Marine Conservation ("CMC"). En opinión de México, dicha comunicación no debía haberse aceptado cuando se presentó en un principio, a menos que hubiese sido recabada, es decir "*pedida o solicitada*", por el Grupo Especial.

4.88 Además, México indica que el hecho de que los Estados Unidos adjuntaran dicha comunicación a la suya en una etapa posterior del procedimiento no le otorga el derecho de que el Grupo Especial la tome en cuenta, a menos que los Estados Unidos se responsabilicen de ella, en cuyo caso ya no sería una comunicación del CMC, sino la postura oficial del Gobierno de los Estados Unidos. En tal caso, esta condición sería aplicable a todo el documento presentado originalmente por el CMC, y puesto que, si una o más partes de la comunicación no coincidían con la postura oficial del Gobierno de los Estados Unidos, dichas partes no se habrían incluido en la segunda comunicación por escrito de los Estados Unidos. Por último, el documento en cuestión no fue transmitido a México ni, presumiblemente, a ninguna de las otras partes en este procedimiento. Por tanto, México no pudo referirse al contenido de la comunicación.

4.89 En conclusión, México opina que incumbe a los Estados Unidos la carga de probar que su medida está justificada de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994. Los Estados Unidos no han podido demostrarlo, sobre todo porque no se han tomado la molestia de demostrar que su medida no se aplica de manera que constituya una restricción encubierta al comercio internacional.

4.90 Además, teniendo en cuenta las constataciones del Grupo Especial en cuanto a que la medida adoptada por los Estados Unidos constituye una violación del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, Malasia tiene una presunción a su favor, que no ha sido efectivamente refutada por los Estados Unidos.

4.91 En vista de que los Estados Unidos han adjuntado la comunicación del CMC a su comunicación como parte integrante de esta última, México opina que debería considerarse como la postura oficial de los Estados Unidos y no como una comunicación del CMC o como una comunicación como *amicus curiae*. Además, cualquier referencia a esta comunicación en el informe del Grupo Especial debería figurar como referencia a la comunicación por escrito de los Estados Unidos, sin mencionar al CMC. De no ser así, se concedería reconocimiento a una comunicación de un organismo que no es Miembro de la OMC, no solicitada por el Grupo Especial.

4.92 En relación con la cuestión planteada por Malasia sobre la carga de la prueba, México considera que recae en la parte que invoca la excepción general en virtud del artículo XX la responsabilidad de justificar la invocación de tal excepción. Este ha sido el enfoque adoptado por distintos grupos especiales.¹³⁸

4.93 En este Grupo Especial, México considera que recae en los Estados Unidos la carga de probar que su medida es compatible con las tres prescripciones del preámbulo del artículo XX, es decir, que la medida no se aplique en forma que constituya: i) un medio de discriminación arbitrario; ii) un medio de discriminación injustificable; o iii) una restricción encubierta al comercio internacional.

4.94 En opinión de México, los Estados Unidos han presentado argumentos relativos a los dos primeros elementos, pero no al tercero. Por consiguiente, no es posible justificar la medida adoptada por los Estados Unidos de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994.

8. Tailandia

4.95 Tailandia declara que la cuestión que nos ocupa es saber si los Estados Unidos han tomado medidas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD para eliminar las incompatibilidades con los acuerdos abarcados, tal y como fueron identificadas en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación adoptados por el OSD. En opinión de Tailandia, los Estados Unidos no han tomado tales medidas.

4.96 En primer lugar, Tailandia argumenta que la prohibición legal de los Estados Unidos podría justificarse de conformidad con el artículo XX del GATT únicamente si se aplicara en forma que no constituya "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones". De conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos deben conformar su medida a las obligaciones que les impone el GATT de 1994. El

¹³⁸ México se refiere al informe del Grupo Especial en la diferencia *Canadá - Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera* (L/5504, adoptada el 7 de febrero de 1984, IBDD 30S/151) donde se indica que: "como el artículo XX d) establece una excepción dentro del Acuerdo General, corresponde al Canadá, como parte que invoca la excepción, demostrar que los compromisos de compra son necesarios para lograr la observancia de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera". Véase el *Índice Analítico del Acuerdo General*, volumen I, página 621. Asimismo, el Grupo Especial que examinó la diferencia *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún* (WT/DS21/R, no adoptado, distribuido el 3 de septiembre de 1991, IBDD 39S/183) señaló que "el artículo XX es una excepción limitada y condicional de las obligaciones impuestas por otras disposiciones del Acuerdo General, y no una norma positiva que establezca por sí misma obligaciones. Por lo tanto, la práctica seguida por los grupos especiales ha consistido en interpretar el artículo XX de manera restringida, atribuir a la parte que recurre a dicho artículo la carga de justificar tal recurso, y no examinar las excepciones previstas en el artículo XX salvo que éstas sean invocadas" (párrafo 5.22, referencias omitidas).

Grupo Especial constató que dicha medida era incompatible con el artículo XI, y el Órgano de Apelación estableció que no estaba justificada de conformidad con el artículo XX.¹³⁹

4.97 En opinión de Tailandia, es la prohibición legal, tal y como ha sido aplicada, y no su "aplicación", lo que viola las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del GATT de 1994. El término "medida" utilizado en el párrafo 188 del informe del Órgano de Apelación tan sólo puede interpretarse en el sentido de que se refiere a *la prohibición a la importación* impuesta por el artículo 609 y aplicada por el Departamento de Estado de acuerdo con sus Directrices, y no a la aplicación de esta prohibición, como sugieren los Estados Unidos. Una lectura detallada del informe del Órgano de Apelación, párrafos 184 (tercera línea), 186 (quinta línea) y 187 c), confirma la interpretación que Tailandia hace de la resolución: el Órgano de Apelación menciona la palabra "medida" y no el término "aplicación". La *medida en cuestión* en esta diferencia fue identificada por el Grupo Especial como "*la prohibición aplicada por los Estados Unidos sobre la base del artículo 609*".¹⁴⁰ El Órgano de Apelación confirma que es esta medida, y no su aplicación, el objeto de la apelación.¹⁴¹ Tailandia opina que mientras el Gobierno de los Estados Unidos lleve a cabo la aplicación de manera incompatible con el acuerdo abarcado, la prohibición, tal y como se aplica, viola las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo de la OMC. Si los Estados Unidos no aplican, o no pueden aplicar, la prohibición de manera compatible con el artículo XX, deben dejar de aplicar la prohibición a la importación y, seguidamente, examinar y modificar el artículo 609 para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

4.98 Tailandia sostiene que para que la prohibición legal de los Estados Unidos esté justificada deben eliminarse *todos* los aspectos incompatibles con el artículo XX del GATT de 1994. El Órgano de Apelación ha identificado una serie de elementos discriminatorios en la medida adoptada por los Estados Unidos. Cualquiera de estos elementos constituye en sí mismo la violación de una obligación derivada de un tratado. Los Estados Unidos deben eliminar *todos* estos elementos discriminatorios para poder cumplir la resolución y conformarse al principio *pacta sunt servanda*, regla que establece que los tratados son vinculantes para las partes y deben cumplirse de buena fe, que es un principio fundamental del derecho de los tratados, claramente establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

4.99 Tailandia discrepa de la sugerencia de los Estados Unidos de que no necesita abordar cada uno de los aspectos de discriminación para cumplir las constataciones del Órgano de Apelación. Por el contrario, el principio de cumplimiento de buena fe de los tratados determina que deben eliminarse todas y cada una de las violaciones de las obligaciones derivadas de tratados llevadas a cabo por los Estados Unidos.

4.100 Tailandia opina que el Grupo Especial debería examinar si se han eliminado todos y cada uno de los aspectos discriminatorios identificados por el Órgano de Apelación, pese a la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no debe hacerlo porque los Estados Unidos han abordado todos los aspectos de discriminación constatados por el Órgano de Apelación. Aunque sólo *uno* de estos aspectos siga existiendo tras la expiración del plazo prudencial, ello constituirá en sí mismo una violación por parte de los Estados Unidos de las obligaciones que le impone el GATT de 1994.

¹³⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 188. Según el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, la prohibición de las importaciones que aplican los Estados Unidos sobre la base del artículo 609 no es compatible con el artículo XI del GATT de 1994 y no puede justificarse en virtud del artículo XX del mismo Acuerdo (informe del Grupo Especial, párrafo 8.1). El Órgano de Apelación confirmó que la "medida" adoptada por los Estados Unidos no está justificada en virtud del artículo XX (informe del Órgano de Apelación, párrafo 187 c)).

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.11. Véanse también los párrafos 7.17 y 8.1.

¹⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 98 b).

4.101 En segundo lugar, Tailandia piensa que los Estados Unidos siguen aplicando la prohibición legal de forma que constituye "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones". El plazo prudencial ha expirado, pero los Estados Unidos aún no han eliminado algunos de los aspectos discriminatorios que el Órgano de Apelación consideró incompatibles con el artículo XX del GATT de 1994. Dos de esos aspectos se abordan a continuación.

4.102 El primer aspecto considerado por Tailandia es que el Gobierno de los Estados Unidos no puede aplicar la resolución del OSD por la que debe permitir la importación de camarones pescados con DET procedentes de países que no han obtenido el certificado, porque esto violaría el artículo 609, tal y como lo ha interpretado el poder judicial de los Estados Unidos.

4.103 Tailandia señala que, de conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos deben permitir la importación de camarones pescados por barcos que utilicen DET de eficacia comparable a la requerida por los Estados Unidos, incluso si la nación pesquera no ha recibido el certificado de conformidad con el artículo 609. El hecho de no permitir la importación constituye una discriminación injustificable en el sentido del preámbulo del artículo XX.¹⁴²

4.104 Tailandia indica que, sin embargo, en julio de 2000 el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos resolvió que la autorización de esa importación es incompatible con el artículo 609 (en adelante "la resolución del CIT").¹⁴³ La resolución del CIT significa que el artículo 609, tal y como ha sido interpretado por el poder judicial de los Estados Unidos, ordena una acción incompatible con el párrafo 165 del informe del Órgano de Apelación y con las disposiciones pertinentes del acuerdo abarcado (es decir, el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994). Por lo tanto, es imposible conciliar el artículo 609 con -utilizando los términos del Órgano de Apelación- "el objetivo de política declarado de proteger y conservar a las tortugas marinas"¹⁴⁴ y, por consiguiente, no se justifica de conformidad con el apartado g) del artículo XX, provisionalmente o de ningún otro modo.

4.105 Tailandia indica que en el sistema jurídico de los Estados Unidos, es el poder judicial la autoridad responsable de interpretar las disposiciones legales. El poder judicial de los Estados Unidos *no* está obligado por las interpretaciones que de las disposiciones legales hace el poder ejecutivo. El Grupo Especial debe atenerse al significado de la ley que definen los tribunales de los Estados Unidos. Este punto ya fue subrayado por anteriores grupos especiales y por el Órgano de Apelación en las diferencias *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*¹⁴⁵ y *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de comercio exterior de 1974*.¹⁴⁶ El Órgano de Apelación también resolvió en el informe relativo al asunto *Estados Unidos - Camarones* que "los Estados Unidos, al igual que todos

¹⁴² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 165.

¹⁴³ *Turtle Island Restoration Network v. Robert Mallett*, 110 Fed. Supp. 2d 1005 (CIT 2000).

¹⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 165.

¹⁴⁵ Los informes de ambos Grupos Especiales y del Órgano de Apelación se adoptaron el 26 de septiembre de 2000, WT/DS136/AB/R y WT/DS162/AB/R. Véase el párrafo 101 del informe del Órgano de Apelación, párrafo 6.84 del informe del Grupo Especial en WT/DS136/R, y el párrafo 6.97 del informe del Grupo Especial en WT/DS162/R.

¹⁴⁶ Adoptado el 27 de enero de 2000, WT/DS152/R. Véase el párrafo 8.1 d), que se debe leer conjuntamente con la nota 700, página 367 de dicho informe.

los Miembros de la OMC y de la comunidad general de Estados, son responsables de los actos de todos sus departamentos públicos, incluido el poder judicial".¹⁴⁷

4.106 Así, en opinión de Tailandia el artículo 609, tal y como lo interpreta el poder judicial de los Estados Unidos, es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Contrariamente a la alegación de los Estados Unidos, no se trata de una especulación. El artículo 609 constituye actualmente una infracción de las obligaciones de los Estados Unidos. De conformidad con el derecho internacional consuetudinario y con el Acuerdo sobre la OMC (párrafo 4 del artículo XVI), para cumplir con sus obligaciones los Estados Unidos deben modificar esta ley.

4.107 Tailandia alega que el segundo aspecto es que los Estados Unidos no han eliminado la incompatibilidad relativa a la "falta de flexibilidad". La medida adoptada por los Estados Unidos que fue objeto de la diferencia original exige a otros Miembros de la OMC que adopten esencialmente el mismo programa de conservación que el aplicado por los Estados Unidos. En todo momento se exige el uso de los DET aprobados, sin tener en cuenta que las condiciones existentes en otros países pueden ser distintas. De acuerdo con el Órgano de Apelación, esta "rigidez e inflexibilidad" constituye una discriminación arbitraria e injustificable en el sentido del preámbulo del artículo XX.¹⁴⁸ Las Directrices Revisadas no bastan para eliminar la discriminación constatada por el Órgano de Apelación, puesto que:

- a) Los DET siguen siendo el requisito o *criterio* válido, independientemente de las distintas condiciones que prevalezcan en los territorios o jurisdicciones de otros Miembros.¹⁴⁹
- b) El Departamento de Estado de los Estados Unidos sigue siendo el único organismo autorizado para evaluar la eficacia de los programas de otros Miembros para proteger a las tortugas marinas durante la pesca de arrastre del camarón, basándose en una norma decidida únicamente por las autoridades de los Estados Unidos.
- c) Las naciones solicitantes soportan la carga de demostrar que pueden aplicar programas de reglamentación de eficacia comparable. Esto equivale a la presunción de que únicamente un programa basado en DET es eficaz para la conservación de las tortugas marinas durante la pesca del camarón con redes de arrastre, a menos que se demuestre lo contrario.
- d) La aparente "flexibilidad", recientemente introducida, que permite conceder certificados aunque no se utilicen los DET queda vacía de contenido por la sección II. B. a) de las Directrices Revisadas, que indican que el Departamento de Estado "sabe [...] que no hay ninguna medida o serie de medidas que puedan

¹⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 173. El Órgano de Apelación citó acertadamente textos doctrinales en apoyo de su resolución en la nota de pie de página 177, página 78 del informe. Resulta pertinente mencionar a este respecto la opinión de Lord McNair, una autoridad en lo que se refiere al derecho de los tratados, expresado en *The Law of Treaties*, Oxford University Press, 1961, página 346. Por lo tanto, el hecho de que el Gobierno de los Estados Unidos (el Departamento de Estado) no haya modificado hasta ahora las Directrices Revisadas en 1999 a fin de cumplir la Resolución del CIT no elimina la incompatibilidad del artículo 609 con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

¹⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 161 a 164, 172 y 177.

¹⁴⁹ Las distintas condiciones de pesca se toman en cuenta únicamente en la medida en que sean pertinentes para determinar si un programa no basado en los DET es tan efectivo como el programa basado en DET de los Estados Unidos, y no para determinar si tal programa es efectivo por sí mismo en tanto que programa de conservación de tortugas en la pesca del camarón.

minimizar la captura y la muerte por asfixia de tortugas marinas [...] cuya eficacia sea comparable a la de la utilización obligatoria de DET ". Teniendo en cuenta que el único juez (es decir, el Departamento de Estado de los Estados Unidos) no conoce nada que pueda ser tan eficaz como un DET, demostrar lo contrario se convierte en una tarea casi imposible.

4.108 Por tanto, Tailandia sostiene que las Directrices Revisadas siguen imponiendo *de facto* el uso de DET como requisito ineludible para obtener el certificado. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha resuelto que los Estados Unidos no deben exigir a otros países que adopten esencialmente el mismo programa que el aplicado por los Estados Unidos porque esto infringe el preámbulo del artículo XX.¹⁵⁰ De conformidad con las Directrices Revisadas el "sistema y los procedimientos de certificación" de los Estados Unidos siguen siendo, en palabras del Órgano de Apelación, "establecidos y administrados únicamente por los organismos estadounidenses competentes" y la adopción de decisiones de las autoridades de los Estados Unidos al respecto sigue siendo "unilateral".¹⁵¹

4.109 Por último, Tailandia sostiene que los Estados Unidos no han adoptado medidas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD de conformidad con el GATT de 1994. Las medidas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en este caso siguen siendo *incompatibles* con las disposiciones del Acuerdo abarcado pertinente, es decir, el artículo XX del GATT de 1994.¹⁵² Por consiguiente, los Estados Unidos no han puesto su medida de prohibición en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC, tal y como recomendó el OSD. Dado que no se ha eliminado la discriminación, es la prohibición legal en sí misma, o sea el artículo 609, tal y como se aplica, lo que *sigue constituyendo* una violación de las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, y no puede justificarse de conformidad con el artículo XX del GATT.

4.110 En respuesta a la petición de Malasia, Tailandia sostiene que el Grupo Especial debería recomendar a los Estados Unidos que pongan su medida en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC, y sugiere que los Estados Unidos dejen de aplicar inmediatamente la prohibición a la importación ordenada por el artículo 609.

4.111 En respuesta a la cuestión planteada por Malasia, Tailandia considera que es una práctica ampliamente reconocida en el GATT/OMC que cuando se invoca una defensa afirmativa, tal como el artículo XX del GATT, la carga de la prueba recae sobre la parte que hace valer esa defensa.¹⁵³

V. CONSTATAIONES

A. ENFOQUE GENERAL DE LAS CUESTIONES QUE TIENE ANTE SÍ EL GRUPO ESPECIAL

5.1 Este Grupo Especial fue establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

¹⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 161 a 164.

¹⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 172.

¹⁵² Como se ha demostrado *supra*, los Estados Unidos siguen aplicando la prohibición a la importación en virtud del artículo 609 de una manera que constituye "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones".

¹⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.30; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R) página 18 y nota al pie 23.

("ESD") para examinar las alegaciones presentadas por Malasia con respecto a la compatibilidad con el GATT de 1994 de las medidas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") en el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (en adelante denominado "la medida de aplicación").¹⁵⁴ Malasia alega que los Estados Unidos no cumplieron las constataciones que figuran en el informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto ni las constataciones del Órgano de Apelación por las siguientes razones principales:

- a) Malasia alega que los Estados Unidos no tenían derecho, con arreglo a las constataciones del Órgano de Apelación, a adoptar unilateralmente una prohibición de importaciones al margen del marco de un acuerdo internacional.
- b) Malasia alega asimismo que los Estados Unidos deberían haber negociado un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas antes de imponer eventualmente una prohibición de importaciones. Por lo tanto, al seguir aplicando una medida unilateral¹⁵⁵ después de vencido el plazo prudencial sin que se hubiera concertado un acuerdo internacional, los Estados Unidos dejaron de cumplir sus obligaciones dimanantes del GATT de 1994.
- c) Malasia alega también que las Directrices Revisadas adoptadas por los Estados Unidos no cumplen las recomendaciones y resoluciones del OSD. En particular, Malasia considera que los Estados Unidos imponen su propia política y sus normas de conservación a otros Miembros y que esa práctica es contraria al derecho soberano de Malasia de definir sus propias políticas y normas ambientales.

5.2 Los Estados Unidos no cuestionan el hecho de que aplican una prohibición de importaciones incluida en el ámbito del artículo XI del GATT de 1994. No obstante, los Estados Unidos alegan que:

- a) Se ha constatado que el artículo 609 se justifica provisionalmente a tenor del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994; y
- b) En lo que se refiere a las demás recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos han realizado esfuerzos para negociar un acuerdo de conservación de las tortugas marinas y han modificado las directrices de aplicación del artículo 609 a fin de cumplir esas recomendaciones y resoluciones.

5.3 Teniendo en cuenta las alegaciones y los argumentos de las partes y las recomendaciones y resoluciones del OSD, el Grupo Especial considera que el asunto que tiene ante sí se debe abordar del modo siguiente. En primer lugar, el Grupo Especial debe determinar algunas cuestiones preliminares, tales como: i) el alcance preciso de su mandato; ii) la carga de la prueba y la fecha respecto de la

¹⁵⁴ La "medida de aplicación" está integrada por el artículo 609 de la Public Law 101-162, las Directrices revisadas con arreglo al artículo 609, de fecha 8 de julio de 1999, Federal Register, vol. 64, N° 130, Public Notice 3086, página 36946 (en adelante las "Directrices Revisadas"), así como por toda práctica incluida en el marco de esas Directrices Revisadas. La medida examinada por el Grupo Especial en su informe (WT/DS58/R), denominado en adelante "Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto" e "informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto", y en el informe del Órgano de Apelación (WT/DS58/AB/R), se denominará en adelante "medida inicial".

¹⁵⁵ En estas constataciones, y salvo indicación en contrario, se entenderá que la expresión "medida(s) unilateral(es)" se refiere a una medida que se ha concebido y se aplica sin haber sido expresamente ordenada o autorizada por un acuerdo multilateral, sin perjuicio de la cuestión de su justificación a tenor del artículo XX del GATT de 1994 u otra disposición del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante el "Acuerdo sobre la OMC").

cual el Grupo Especial deberá examinar las pruebas que tiene ante sí; y iii) la manera de tratar las comunicaciones no solicitadas procedentes de organizaciones no gubernamentales.

5.4 En segundo lugar, como se supone que un grupo especial designado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 debe examinar la existencia de las medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, procederemos a determinar si, según alega Malasia, la medida de aplicación infringe el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Si llegamos a una conclusión afirmativa, procederemos a abordar la defensa planteada por los Estados Unidos a tenor del artículo XX del GATT de 1994. En este contexto, examinaremos los argumentos específicos presentados por ambas partes, así como la cuestión general, invocada por Malasia, del derecho soberano de un país a determinar sus propias políticas y normas ambientales.

5.5 En esta tarea, tendremos en cuenta que las alegaciones de Malasia se concentran en las constataciones del Órgano de Apelación en el caso presente, lo que exigirá que comencemos nuestro análisis a partir de las constataciones del Órgano de Apelación y las del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto. En otros términos, aunque tenemos derecho a analizar ampliamente la "compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado", nuestro examen no comienza a partir de cero. En cambio, tiene que realizarse a la luz de la evaluación de la compatibilidad de la medida inicial con un acuerdo abarcado, y tal evaluación ha sido llevada a cabo por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y posteriormente por el Órgano de Apelación. En particular, hacemos notar que algunas de las evaluaciones básicas del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto fueron revocadas por el Órgano de Apelación y, en consecuencia, nuestra evaluación de las "medidas destinadas a cumplir" tiene que respetar el análisis del Órgano de Apelación según figura en el informe adoptado por el OSD.

B. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Mandato del Grupo Especial

5.6 Observamos que, según lo confirmó el Órgano de Apelación¹⁵⁶, un grupo especial tiene la responsabilidad de determinar su jurisdicción, y la evaluación del alcance de su mandato es una parte esencial de esta determinación. Observamos que Malasia alega que en la presente diferencia no se limita a cuestionar si los Estados Unidos han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sostiene que está ejerciendo sus derechos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Malasia añade que el mandato del Grupo Especial a tenor del párrafo 5 del artículo 21 del ESD consiste en examinar la existencia o la compatibilidad con los artículos XI y XX del GATT de 1994 de las medidas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Malasia alega asimismo que las medidas adoptadas por los Estados Unidos no suprimen los elementos de "discriminación injustificable" y "discriminación arbitraria" que existían en la medida inicial. La medida de aplicación sigue siendo incompatible con el artículo XI y no se justifica con arreglo al artículo XX. Observamos que los Estados Unidos no aducen que las alegaciones de Malasia no sean suficientemente concretas o que su solicitud de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no cumpla por otras razones las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

5.7 La primera frase del párrafo 5 del artículo 21 del ESD dice en su parte pertinente lo siguiente:

"En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Ley antidumping de 1916*, adoptado el 26 de septiembre de 2000, WT/DS136; 162/AB/R, párrafo 54.

con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, [...]" (cursivas añadidas).

5.8 Recordamos que en el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*¹⁵⁷, el Órgano de Apelación declaró que:

"[...] un grupo especial [designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21] no tiene que limitarse a examinar las "medidas destinadas a cumplir" las recomendaciones y resoluciones desde la perspectiva de las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas relativos a la medida que fue objeto del procedimiento inicial [...] los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD [...] se refieren, en principio, no a la medida inicial, sino a una medida nueva y distinta que no fue sometida al grupo especial que entendió inicialmente en el asunto [...] Es lógico, por consiguiente, que las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas pertinentes a la "medida destinada a cumplir" las recomendaciones y resoluciones no sean, necesariamente, los mismos que eran pertinentes en la diferencia inicial. De hecho, la utilidad del examen previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD quedaría gravemente menoscabada si un grupo especial estuviera obligado a examinar la nueva medida desde la perspectiva de las alegaciones, los argumentos y las circunstancias fácticas relativas a la medida inicial, por cuanto un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no podría en tal caso examinar plenamente la "compatibilidad con un acuerdo abarcado" de las "medidas destinadas a cumplir" las recomendaciones y resoluciones, como exige ese precepto."¹⁵⁸

5.9 El mandato de este Grupo Especial¹⁵⁹ no es distinto del mandato uniforme aplicado en otros casos relativos al párrafo 5 del artículo 21. A la luz del razonamiento del Órgano de Apelación mencionado anteriormente, el Grupo Especial considera que está plenamente autorizado para tratar todas las alegaciones formuladas por Malasia a tenor del artículo XI y del artículo XX del GATT de 1994, se hayan formulado o no esas alegaciones, argumentos y hechos que los respaldan ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y en el procedimiento del Órgano de Apelación *siempre que*, como ha recordado el Grupo Especial en el asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Canadá*¹⁶⁰, las alegaciones se identifiquen en la solicitud de que se someta el asunto a un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

5.10 A este respecto, examinamos el recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por Malasia.¹⁶¹ Tenemos presente los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD y el razonamiento del Órgano de Apelación en los asuntos *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*¹⁶² y *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de*

¹⁵⁷ Adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS70/AB/RW (denominado en adelante "*Canadá - Aeronaves - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*").

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 41.

¹⁵⁹ WT/DS58/18.

¹⁶⁰ Adoptado el 20 de marzo de 2000, WT/DS18/RW (en adelante "*Australia - Salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*"), párrafo 7.10, apartados 11 y 12.

¹⁶¹ WT/DS58/17.

¹⁶² Adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, párrafo 141 y, sobre todo, el párrafo 142.

determinados productos lácteos.¹⁶³ Sin embargo, no tenemos el propósito de adoptar una posición con respecto a la aplicación del párrafo 2 del artículo 6 en los procedimientos tramitados con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. Simplemente observamos en esta etapa que los Estados Unidos no han aducido que ninguna alegación formulada por Malasia no sea suficientemente concreta a la luz del párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, por tanto, procederemos a abordarlas en su totalidad, en la medida necesaria para el cumplimiento de nuestro mandato.

5.11 El Grupo Especial observa finalmente que los terceros también han formulado diversas alegaciones y argumentos en sus comunicaciones y en la audiencia. De conformidad con la práctica de otros grupos especiales en el marco del GATT de 1947 y del Acuerdo sobre la OMC¹⁶⁴, hemos decidido examinar las alegaciones de los terceros que han sido planteadas por las partes.

2. Fecha respecto de la cual el Grupo Especial debe evaluar los hechos

5.12 El Grupo Especial hace notar que el plazo razonable de 13 meses acordado por las partes venció el 6 de diciembre de 1999. No obstante, el OSD sólo estableció este Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 en la reunión que celebró el 23 de octubre de 2000. El Grupo Especial observa que el ESD nada dice en cuanto a la fecha respecto de la cual se debe evaluar la existencia o la compatibilidad de la medida de aplicación. Por una parte, se podría alegar que esa fecha debe ser lógicamente la del día siguiente al vencimiento del plazo prudencial indicado en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD. Por otra parte, teniendo en cuenta que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, la pronta solución de las diferencias es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros, podría ser procedente que el Grupo Especial tuviera en cuenta hechos ocurridos con posterioridad al vencimiento del plazo prudencial.¹⁶⁵

5.13 El Grupo Especial estima que debe tener en cuenta todos los hechos pertinentes ocurridos hasta la fecha en que el asunto le fue sometido. Aplicando este enfoque, un grupo especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 puede llegar a una decisión que favorezca la pronta solución de la diferencia. De hecho, evita situaciones en las que se haría caso omiso de medidas de aplicación que permitieran el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD sólo porque se producen después del vencimiento del plazo prudencial. Si bien tiene presente la obligación de los Estados Unidos de poner su legislación en conformidad al vencimiento del plazo prudencial, el Grupo Especial considera que es compatible con el espíritu del párrafo 3 del artículo 3 del ESD el tener en cuenta todo hecho pertinente ocurrido hasta la fecha en que el asunto fue sometido al Grupo Especial.¹⁶⁶

¹⁶³ Adoptado el 12 de enero de 2000, WT/DS98/AB/R, párrafos 127, 128, 130 y 131.

¹⁶⁴ Véase el informe del Grupo Especial en *Japón - Comercio de semiconductores*, adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130, párrafo 98, en el que el Grupo Especial declaró que un grupo especial no está obligado a formular constataciones sobre las cuestiones planteadas únicamente por las terceras partes interesadas. Véase también el informe en *Australia - Salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, *op. cit.*, en el que el Grupo Especial no trató formalmente la cuestión de la falta de consultas con arreglo al artículo 4 del ESD planteada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero.

¹⁶⁵ Observamos que premisas similares parecen haber dado lugar al enfoque seguido por el Grupo Especial en *Australia - Salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, *op. cit.* Véase el párrafo 7.21.

¹⁶⁶ El Grupo Especial observa que, en el asunto *Australia - Salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, *op. cit.*, párrafo 7.10, apartado 24, el Grupo Especial tuvo en cuenta, en relación con la definición de su mandato, hechos ocurridos después del vencimiento del plazo prudencial.

3. Admisibilidad de comunicaciones de organizaciones no gubernamentales

5.14 Durante el procedimiento, el Grupo Especial recibió dos comunicaciones no solicitadas de organizaciones no gubernamentales. Una representada por *Earthjustice Legal Defense Fund* en nombre de *Turtle Island Restoration Network*, *The Humane Society of the United States*, *The American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, *Defenders of Wildlife* y *Fiscalía del Medio Ambiente (Chile)*.¹⁶⁷ La otra comunicación fue presentada por *National Wildlife Federation* en nombre de *Center for Marine Conservation*, *Centro Ecocéanos*, *Defenders of Wildlife*, *Friends of the Earth Sea Turtle Committee*, *Marine Turtle Preservation Group of India*, *National Wildlife Federation*, *Natural Resources Defense Council*, *Operation Kachhapa*, *Project Swarajya* y *Visakha Society for Prevention of Cruelty to Animals*.¹⁶⁸ Se dio traslado de estas comunicaciones a las partes los días 15 y 18 de diciembre de 2000, respectivamente. En una carta que acompañaba a las comunicaciones, el Grupo Especial informó a las partes de que tenían libertad para formular observaciones en sus escritos de réplica acerca de la admisibilidad y pertinencia de tales comunicaciones. El Grupo Especial informó también a las partes de que enunciaría en su informe la decisión respecto de la manera en que trataría esas comunicaciones.

5.15 Las partes examinaron las comunicaciones antes mencionadas en sus escritos de réplica, en la audiencia y en las respuestas a las preguntas del Grupo Especial.¹⁶⁹ El Grupo Especial observa que Malasia considera esencialmente que el Grupo Especial no tiene derecho, en el marco del ESD, a admitir o tomar en consideración comunicaciones no solicitadas, mientras que los Estados Unidos alegan que la comunicación de *Earthjustice* que se refiere a una cuestión hipotética no sometida al Grupo Especial no parece guardar tanta relación con la cuestión planteada en esta diferencia como la comunicación de la *National Wildlife Federation*. En lo que se refiere a la comunicación de la *National Wildlife Federation*, los Estados Unidos consideran que aborda cuestiones que guardan relación directa con el asunto sometido al Grupo Especial y decidieron incorporarla como prueba documental a sus comunicaciones para garantizar que "el Grupo Especial tenga en su poder un documento pertinente e informativo, independientemente de que opte o no por ejercer su facultad discrecional de aceptar directamente de los comunicantes esa comunicación". No obstante, tomamos nota del hecho de que los Estados Unidos no respaldan algunos de los argumentos jurídicos que figuran en la comunicación *amicus* presentada por la *National Wildlife Federation*.¹⁷⁰

5.16 En lo que respecta a la comunicación de *Earthjustice*, el Grupo Especial toma nota de los argumentos de las partes y decide no incluirla en el expediente de este asunto. En cuanto a la comunicación de la *National Wildlife Federation*, el Grupo Especial hace notar que se ha incorporado a las comunicaciones de los Estados Unidos en este asunto y, en consecuencia, ya forma parte del expediente.

¹⁶⁷ Denominada en adelante "comunicación de *Earthjustice*".

¹⁶⁸ Denominada en adelante "comunicación de la *National Wildlife Federation*".

¹⁶⁹ Véanse los párrafos 3.5 a 3.15 *supra*.

¹⁷⁰ Los Estados Unidos precisaron que "la comunicación *amicus* anexa a su escrito de réplica refleja las opiniones independientes de las organizaciones que la suscriben. [...] Los Estados Unidos señalan, no obstante, que la comunicación *amicus* incluye determinadas defensas y de procedimiento no planteadas en la comunicación de los Estados Unidos, por lo que no puede considerarse que esas defensas hayan sido sometidas al Grupo Especial".

4. Carga de la prueba

5.17 Malasia hace referencia al informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*¹⁷¹ para alegar que una defensa como la invocada por los Estados Unidos a tenor del artículo XX del GATT de 1994 es una defensa afirmativa. Incumbe a los Estados Unidos la carga de probar que su medida de aplicación cumple los requisitos del artículo XX del GATT de 1994. Los Estados Unidos alegan que corresponde a Malasia la carga inicial de probar que la medida de aplicación es incompatible con una o más obligaciones previstas en un acuerdo abarcado. Sin embargo, los Estados Unidos no cuestionan que la medida de aplicación sea una prohibición de importación en virtud del artículo XI. Los Estados Unidos también admiten que les incumbe la carga inicial de probar que la medida de aplicación está incluida en el alcance del artículo XX.

5.18 Recordamos que en el asunto *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves – Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*¹⁷², el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 en el sentido de que el Brasil había invocado el punto k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación¹⁷³ como una "defensa afirmativa". El Órgano de Apelación también consideró que el hecho de que la medida en cuestión fuese adoptada para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD no modificaba la asignación de la carga de probar la defensa del Brasil a tenor del punto k). El Órgano de Apelación declaró entonces que:

"En el asunto *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, dijimos: "Por lo tanto, es razonable que la carga de fundar esa defensa [afirmativa] incumba a la parte que la invoca." [Se omite la nota de pie de página] Como en estas actuaciones es el Brasil quien invoca esta "defensa" utilizando el punto k), coincidimos con el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en que corresponde al Brasil la carga de probar que el PROEX revisado está justificado en virtud del primer párrafo del punto k)."¹⁷⁴

5.19 Por consiguiente, concluimos que incumbe a Malasia establecer una presunción *prima facie* de que sus alegaciones en virtud del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 son fundadas. Concluimos asimismo que, aunque el presente asunto se refiere al cumplimiento e incluso que cabe presumir la aplicación de buena fe de las obligaciones derivadas de tratados¹⁷⁵, los Estados Unidos aún tienen que establecer *prima facie* que la medida de aplicación está justificada en virtud del artículo XX, ya que se trata de una defensa afirmativa. Si los Estados Unidos establecen una presunción *prima facie*, la carga de la prueba se desplazará a Malasia. Si las pruebas relativas a una determinada alegación o defensa tienen un peso equivalente, se considerará que la parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba no ha presentado pruebas suficientes para respaldar su alegación.

¹⁷¹ Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R (en adelante "*Estados Unidos – Camisas y blusas*").

¹⁷² Adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/AB/RW (en adelante "*Brasil – Aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*").

¹⁷³ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, Anexo I.

¹⁷⁴ *Brasil – Aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, párrafo 66.

¹⁷⁵ Véase el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, UN Doc. A/CONF.39/27 (1969), (en adelante la "Convención de Viena").

C. VIOLACIÓN DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XI DEL GATT DE 1994

5.20 El Grupo Especial observa que Malasia alega que el artículo 609, tal como lo aplican actualmente los Estados Unidos, sigue violando el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Los Estados Unidos no aducen que la medida de aplicación sea compatible con el párrafo 1 del artículo XI.

5.21 El párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 establece lo siguiente:

"Ningún Miembro impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otro Miembro o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otro Miembro, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas."

5.22 El Grupo Especial observa que los elementos de la medida inicial que se consideraron incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI en el informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto siguen formando parte de la medida de aplicación, es decir, el artículo 609, tal como la aplican actualmente los Estados Unidos. En particular, los Estados Unidos siguen aplicando una prohibición a la importación de camarón y productos del camarón capturados de una manera que se ha determinado es perjudicial para las tortugas marinas. Observamos que los Estados Unidos no cuestionan el hecho de que aplican tal prohibición de importación. Consideramos que la prohibición en cuestión queda incluida entre las "prohibiciones [o] restricciones", "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" mantenidas por un Miembro sobre la importación de un producto procedente de otro Miembro, lo que contraviene lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI.

5.23 Por lo tanto, el Grupo Especial concluye que la medida adoptada por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el caso presente infringe el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

D. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

1. Observaciones preliminares

5.24 Observamos que los Estados Unidos alegan que las Directrices Revisadas responden a todas las incompatibilidades identificadas por el Órgano de Apelación con respecto al preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 y, por ende, la prohibición de importación aplicada a determinados camarones y productos del camarón está justificada. Malasia, por el contrario, alega que los Estados Unidos no están autorizados a imponer ninguna prohibición al no existir un acuerdo internacional que le permita hacerlo. Malasia alega asimismo que los Estados Unidos debían haber retirado la prohibición de importación mientras no se concertara un acuerdo internacional. Malasia añade que las Directrices Revisadas siguen estando sesgadas y que los Estados Unidos no han abordado los aspectos de la medida inicial que el Órgano de Apelación consideró viciados.¹⁷⁶

5.25 Observamos en primer lugar que los Estados Unidos invocan el artículo XX como "defensa" por la violación del párrafo 1 del artículo XI. Recordamos lo que hemos expresado *supra* con respecto a la carga de la prueba en relación con las "defensas afirmativas" en asuntos tramitados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Los Estados Unidos han preferido demostrar la compatibilidad de la medida de aplicación con el artículo XX mediante la prueba de que esa medida respondió satisfactoriamente a todas las constataciones del Órgano de Apelación. Observamos que,

¹⁷⁶ En la sección III, *supra*, figura una relación más pormenorizada de los argumentos de las partes.

cuando Malasia objeta que la medida de aplicación sea compatible con el artículo XX, también alega que los Estados Unidos no cumplen los requisitos que figuran en las constataciones del Órgano de Apelación. El Grupo Especial observa a este respecto que las alegaciones de Malasia se basan exclusivamente en las constataciones del Órgano de Apelación y en el no cumplimiento de las mismas. Malasia no formula ninguna nueva alegación a tenor del artículo XX.

5.26 El Grupo Especial considera que incumbe a los Estados Unidos la carga de probar que la medida de aplicación es compatible con *todas* las prescripciones del preámbulo del artículo XX. El Grupo Especial observa a este respecto que el Órgano de Apelación no examinó si la medida inicial fue una restricción encubierta al comercio internacional. En consecuencia, este aspecto tendrá que ser abordado separadamente y sin hacer referencia a ninguna constatación del informe del Órgano de Apelación. No obstante, en lo que se refiere a la discriminación injustificable y arbitraria, el Grupo Especial considera que, al no existir nuevas alegaciones, no está obligado a ir más allá de examinar la conformidad de la medida de aplicación de los Estados Unidos *con las constataciones del Órgano de Apelación*. En ese contexto, el Grupo Especial estima procedente aplicar el siguiente enfoque: i) presentar su interpretación de las constataciones del Órgano de Apelación; y ii) tratar la defensa de los Estados Unidos y los argumentos de Malasia con respecto al artículo XX.

5.27 El Grupo Especial observa que, en su informe, el Órgano de Apelación recordó el enfoque que consideraba procedente para evaluar la conformidad de una defensa afirmativa en virtud del 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 -párrafos a) a j)- recogidas en el artículo XX; debe además satisfacer las prescripciones exigidas por las cláusulas iniciales del artículo XX. En otras palabras, el análisis es doble: primero la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado g) del artículo XX; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX."¹⁷⁷

5.28 En consecuencia, al examinar los argumentos de los Estados Unidos, determinaremos en primer lugar la compatibilidad de la medida de aplicación a tenor del párrafo g) del artículo XX. Si constatamos que la medida de aplicación está "justificada provisionalmente" en virtud del párrafo g), procederemos a examinar si la medida se aplica en conformidad con el preámbulo del artículo XX.

5.29 Recordamos a este respecto que tanto el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto como el Órgano de Apelación abordaron expresamente la cuestión de la negociación de un acuerdo multilateral para la protección de las tortugas marinas. Ambos consideraron que la falta de negociaciones con las partes reclamantes era una prueba de "discriminación injustificable" en el sentido del preámbulo del artículo XX. Observamos también que el Órgano de Apelación expresó que "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" es otro aspecto de la aplicación del artículo 609 que tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una determinación es justificable o injustificable".¹⁷⁸ Observamos también que el Órgano de Apelación insistió en el hecho de que tales negociaciones no

¹⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 118, con cita del informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R (en adelante "*Estados Unidos - Gasolina*"), página 25.

¹⁷⁸ Informe del órgano de Apelación, párrafo 166.

se habían llevado a cabo *antes* de que los Estados Unidos impusieran su prohibición a la importación.¹⁷⁹

5.30 Sin adoptar una posición definitiva en esta etapa con respecto al alcance real y las consecuencias de estas declaraciones del Órgano de Apelación¹⁸⁰, suponemos, a los fines de la estructura general de nuestras constataciones, que el Órgano de Apelación, del mismo modo que el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, consideró que las negociaciones se deberían haber realizado *antes* de que se aplicara la prohibición de importación. En nuestra opinión, esto supone que, *como parte de nuestro análisis de la aplicación de la medida que tiene ante sí este Grupo Especial*, debemos determinar en primer lugar si los Estados Unidos emprendieron esfuerzos serios de negociación. Por lo tanto, parece adecuado que determinemos en primer término el alcance real de las constataciones del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación, adoptadas por el OSD, con respecto a la negociación de un acuerdo internacional, antes de examinar las modificaciones introducidas por los Estados Unidos en su medida inicial. En realidad, si concluyésemos que los Estados Unidos no pueden imponer ninguna medida del tipo actualmente aplicado salvo de conformidad con un acuerdo internacional, no sería necesario que siguiésemos examinando la compatibilidad de la medida de aplicación, a menos que tal acuerdo internacional exista y que efectivamente autorice la medida de aplicación actualmente en vigor.¹⁸¹

5.31 Por esta razón, como parte de nuestro análisis de si la medida de aplicación de los Estados Unidos constituye o no una discriminación injustificable, en primer lugar trataremos de determinar el alcance de las obligaciones de los Estados Unidos con respecto a la negociación de un acuerdo internacional, según lo precisado por el Órgano de Apelación. Posteriormente, si fuera necesario, proseguiremos nuestro análisis de la compatibilidad de la medida de aplicación con el preámbulo del artículo XX para determinar si, sobre la base de las otras prescripciones señaladas en las recomendaciones y resoluciones del OSD, la medida de aplicación cumple los criterios de "discriminación injustificable" y "discriminación arbitraria" del preámbulo del artículo XX.

5.32 Por último, como hemos de examinar la compatibilidad de la medida de aplicación con todas las disposiciones pertinentes del artículo XX, determinaremos, según corresponda, si la medida constituye o no una restricción encubierta al comercio internacional.

2. Compatibilidad de la medida de aplicación con el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994

5.33 El párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994 dispone que, a reserva de que dicha medida no se aplique en forma contraria a lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX, ninguna disposición del GATT de 1994 será interpretada en el sentido de impedir la adopción o aplicación, por todo Miembro, de las medidas:

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

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Véase la sección V.D.3 a) *infra* sobre la cuestión del alcance real de las constataciones del Órgano de Apelación con respecto a la cuestión de las negociaciones bilaterales o multilaterales destinadas a lograr un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas.

¹⁸¹ Este enfoque es compatible con el principio de economía procesal, según recordó el Órgano de Apelación, entre otros casos, en *Estados Unidos – Camisas y blusas*, op. cit., página 22.

5.34 El Grupo Especial observa que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD le encomienda examinar "la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD o] la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". El Grupo Especial observa que el Órgano de Apelación constató que:

"134. Por las razones precedentes [desarrolladas en los párrafos 127 a 133 del informe del Órgano de Apelación], concluimos que las tortugas marinas del presente caso constituyen "recursos naturales agotables" a los efectos del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994."¹⁸²

5.35 El Órgano de Apelación constató asimismo que:

"141. Así pues, por su diseño y estructura general el artículo 609 no es una prohibición sencilla y genérica de la importación de camarones impuesta sin tener en cuenta las consecuencias (o la falta de las mismas) del método de pesca empleado en la captura accidental y la mortalidad de las tortugas marinas. Si nos centramos en el diseño de la medida que contemplamos [se omite la nota de pie de página], observamos que 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. La relación de medios a fines entre el artículo 609 y la política legítima de conservar una especie agotable y, de hecho, amenazada, es claramente una relación estrecha y real, una relación tan sustancial en todo como la que encontramos en el asunto *Estados Unidos – Gasolina* entre las normas de establecimiento de la línea de base de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y las normas de conservación del aire puro en los Estados Unidos.

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

5.36 Por último, el Órgano de Apelación constató que:

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

5.37 El Grupo Especial recuerda que, por ser la parte que invoca el artículo XX, incumbe a los Estados Unidos la carga de probar que su medida de aplicación cumple *todas* las prescripciones pertinentes de ese artículo, con inclusión de las del párrafo g). Esto supone que los Estados Unidos deben acreditar *prima facie* que la medida de aplicación se relaciona con la conservación de recursos naturales agotables si tal medida se aplica conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

5.38 Los Estados Unidos han alegado que el Órgano de Apelación constató que el artículo 609 estaba "provisionalmente justificado" a tenor del párrafo g). Malasia no formula ninguna reclamación ni argumento sobre la cuestión concreta de la compatibilidad del artículo 609 con el párrafo g) en tanto que tal.¹⁸³

¹⁸² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 134.

¹⁸³ En la sección III *supra* figura un análisis más detallado de los argumentos de las partes.

5.39 El Grupo Especial considera que se han de examinar dos cuestiones a fin de determinar si la medida de aplicación cumple las prescripciones del párrafo g) del artículo XX. En primer lugar, el Grupo Especial observa que el Órgano de Apelación constató que el artículo 609 estaba "provisionalmente justificado" a tenor del párrafo g) del artículo XX.¹⁸⁴ Entendemos que esto significa que, en el proceso de determinar si el artículo 609 estaba justificado a tenor del artículo XX, el Órgano de Apelación concluyó que el artículo 609 cumplía la primera parte del análisis definido en su informe en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*¹⁸⁵, esto es, la *caracterización* de la medida en el marco del párrafo g) del artículo XX. Esto supone que, en tanto la medida de aplicación que tiene ante sí el Grupo Especial sea idéntica a la medida examinada por el Órgano de Apelación en relación con el párrafo g) del artículo XX, no debemos llegar a una conclusión distinta de la del Órgano de Apelación.

5.40 Esto nos lleva a la segunda cuestión, es decir, ¿qué es lo que, según la constatación del Órgano de Apelación, estaba "provisionalmente justificado" en virtud del párrafo g) del artículo XX?¹⁸⁶ Observamos que el Órgano de Apelación declaró que debía "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".¹⁸⁷ Recordamos asimismo que, en la nota de pie de página de su informe, el Órgano de Apelación declaró que la medida de los Estados Unidos en cuestión era el "artículo 609" o "la medida" y que en estas expresiones el Órgano de Apelación englobaba el artículo 609 y las Directrices de 1996. Aunque no tenemos duda alguna de que el Órgano de Apelación efectivamente consideró la medida en su conjunto, nuestra interpretación de los párrafos pertinentes del informe del Órgano de Apelación nos lleva, empero, a considerar que el Órgano de Apelación basó esencialmente su constatación sobre la "justificación provisional" sólo en las características del artículo 609. Esto es así porque, según la interpretación del Órgano de Apelación, los elementos que se han de considerar para determinar la compatibilidad de la medida con el párrafo g) figuran esencialmente en el texto del artículo 609. En nuestra opinión, las referencias a las directrices de aplicación se hacen para confirmar que el contenido de esas directrices no afecta a este respecto a la interpretación del artículo 609 propiamente dicho.

5.41 Como ya se ha mencionado precedentemente, los Estados Unidos no modificaron el artículo 609 al dictar las directrices de aplicación revisadas. Por ende, concluimos que, como el artículo 609 propiamente dicho no ha sido modificado, las constataciones del Órgano de Apelación acerca del párrafo g) siguen siendo válidas, y la compatibilidad del artículo 609 como tal con las prescripciones del párrafo g) también siguen siendo válidas, en la medida en que las Directrices Revisadas no modifican la *interpretación* que debe darse al artículo 609 a ese respecto. No tenemos prueba alguna de que las Directrices Revisadas hayan modificado de algún modo el significado del artículo 609 con respecto a los requisitos del párrafo g), según la interpretación del Órgano de Apelación.

5.42 Por consiguiente, concluimos que la medida de aplicación está provisionalmente justificada al amparo del párrafo g) del artículo XX. Procederemos a examinar la segunda parte del método

¹⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 147.

¹⁸⁵ *Op. cit.*, página 25. Véase también el informe del Órgano de Apelación, párrafo 118.

¹⁸⁶ Tenemos claro que, como indicó el Órgano de Apelación en *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón* (adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS18/AB/R, párrafo 223), nuestras constataciones deben ser lo suficientemente completas para permitir al OSD formular recomendaciones y resoluciones suficientemente precisas para hacer posible el pronto cumplimiento de esas recomendaciones y resoluciones a fin de asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros.

¹⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 137.

aplicado por el Órgano de Apelación en este caso, es decir, la "nueva evaluación de la *misma medida* a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX".¹⁸⁸

3. Discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones: la cuestión de las negociaciones internacionales

- a) Alcance de la obligación estadounidense de negociar y/o alcanzar un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas
- i) *Uso abusivo o indebido de los derechos previstos en el artículo XX como criterio para determinar el alcance de una obligación de negociar y/o concertar un acuerdo internacional*

5.43 Como se ha mencionado anteriormente, el Órgano de Apelación, como parte de su proceso de determinar si la medida original se había aplicado de una manera tal que constituyera un medio de "discriminación injustificable", abordó la cuestión de las negociaciones internacionales, cuestión que plantea Malasia ante este Grupo Especial. Tras haber considerado que la falta de flexibilidad para tener en cuenta las diferentes situaciones en países diferentes equivalía a una discriminación injustificable¹⁸⁹, el Órgano de Apelación añadió que:

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

5.44 Como subrayó el propio Órgano de Apelación, en el párrafo a) del artículo 609 se pide al Secretario de Estado de los Estados Unidos que, entre otras cosas, inicie a la mayor brevedad posible negociaciones encaminadas a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países para la protección y conservación de las tortugas marinas. Esto por sí mismo no fundamenta una constatación de discriminación injustificable a menos que, al aplicar el apartado a) del artículo 609, las autoridades estadounidenses hubieran discriminado entre los países exportadores, negociando seriamente con algunos y menos seriamente o no negociando en absoluto con otros países.

5.45 Sin embargo, el Órgano de Apelación no concluyó su análisis en este punto. También observó que "la protección y conservación de especies altamente migratorias [...] exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas".¹⁹⁰ El Órgano de Apelación recordó asimismo que la necesidad y conveniencia de tales esfuerzos habían sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales.¹⁹¹ Además, el Órgano de Apelación recordó que los Estados Unidos habían efectivamente logrado negociar un acuerdo internacional para la protección y conservación de las tortugas marinas: la Convención Interamericana.¹⁹² En la conclusión de su análisis, el Órgano de

¹⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 118.

¹⁸⁹ Véase el párrafo 5.90 *infra*.

¹⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Informe del Órgano de Apelación, párrafos 169 a 171.

Apelación declaró también que "El carácter unilateral de la aplicación del artículo 609 acentúa la influencia perturbadora y discriminatoria de la prohibición de las importaciones y subraya su naturaleza injustificable."¹⁹³

5.46 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 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.

5.47 No obstante, este segundo requisito es por sí mismo insuficiente para explicar las constataciones del Órgano de Apelación. Consideramos que la razón de tales constataciones del Órgano de Apelación sobre esta cuestión se desprende del contexto. La protección y conservación de las tortugas marinas es una esfera en la que un enfoque multilateral resulta adecuado debido al carácter altamente migratorio de las tortugas marinas. Además, se trata de un campo en el que la cooperación internacional se ve claramente favorecida por las normas del derecho internacional aplicable. Por último, el éxito obtenido en la negociación de la Convención Interamericana y su contenido demuestra que un acuerdo multilateral es una posibilidad de la que se dispone razonablemente para alcanzar las metas legítimas de la medida estadounidense.¹⁹⁴

5.48 El haber determinado que los Estados Unidos *tenían que* emprender negociaciones no basta para determinar si los Estados Unidos han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD a este respecto. También es menester evaluar el alcance de los esfuerzos requeridos. En este sentido, consideramos que las constataciones del Órgano de Apelación acerca de la naturaleza del preámbulo del artículo XX y, en particular, el concepto de abuso o uso indebido de los derechos previstos en ese artículo ofrecen una clara orientación en cuanto a la manera de evaluar el nivel de esfuerzos requeridos a los Estados Unidos en relación con la negociación de un acuerdo internacional.

5.49 Observamos que el Órgano de Apelación declaró en su informe lo siguiente:

"156. Volviendo, pues, al preámbulo del artículo XX, consideramos que incorpora el reconocimiento por parte de los Miembros de la OMC de la necesidad de mantener un equilibrio de derechos y obligaciones entre, por una parte, el derecho de un Miembro a invocar algunas de las excepciones del artículo XX, especificadas en los párrafos a) a j) y, por otra, los derechos sustantivos que el GATT de 1994 concede a los demás Miembros. El abuso o el uso indebido del ejercicio por un Miembro de su derecho a justificar su incumplimiento invocando una excepción, como la del párrafo g) del artículo XX, erosionará o menoscabará los derechos sustantivos de carácter convencional de otros Miembros, reconocidos, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo XI. [...] se debe establecer un equilibrio entre el *derecho* de un Miembro a invocar una excepción en virtud del artículo XX y el *deber* de ese mismo Miembro de respetar los derechos convencionales de otros Miembros. Permitir que un Miembro haga un uso abusivo o indebido de su derecho de invocar una excepción equivaldría de hecho a permitir a ese Miembro degradar sus propias obligaciones convencionales y devaluar los derechos convencionales de otros Miembros. Si el uso indebido o el abuso son lo suficientemente graves o amplios, el Miembro reduce de hecho sus

¹⁹³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 172 *in fine*.

¹⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 171.

obligaciones convencionales a una obligación meramente facultativa y disuelve su carácter jurídico y, de esta forma, niega absolutamente los derechos convencionales de otros Miembros."¹⁹⁵

5.50 El Órgano de Apelación consideró asimismo que:

"159. La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencian los hechos que constituyen los casos concretos."¹⁹⁶

Concluimos que, para determinar lo que efectivamente se requiere de los Estados Unidos en relación con la tarea de emprender negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, es menester que evaluemos qué es lo que se requiere para evitar el abuso o el uso indebido de los derechos de los Estados Unidos en virtud del artículo XX en el caso presente.

5.51 La existencia de un abuso o uso indebido de esos derechos depende de una "línea de equilibrio" entre el derecho de un Miembro a invocar una excepción en virtud del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI del GATT de 1994). Como indicó el Órgano de Apelación, "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". En otras palabras, la ubicación de esa línea depende del tipo de medida impuesta y de las circunstancias particulares de este caso. Según la descripción del Órgano de Apelación, la medida en cuestión -una prohibición de importación- constituye "generalmente el 'arma' más pesada dentro del arsenal de medidas comerciales a las que pueden recurrir los Miembros".¹⁹⁷ Al expresar esta analogía, pareciera que el Órgano de Apelación ha querido sugerir que existían otras medidas menos restrictivas del comercio y también que las prohibiciones de importación, dadas sus repercusiones, deberían estar sujetas a disciplinas más estrictas. Consideramos que, a fin de determinar la ubicación de la línea, es necesario no sólo que precisemos los hechos que constituyen este caso concreto, es decir el contexto fáctico, sino también que examinemos el marco jurídico que influye en la interpretación que ha de darse al concepto de "discriminación injustificable" en el contexto fáctico de la protección y conservación de las tortugas marinas.

5.52 El contexto *fáctico* se relaciona esencialmente con la biología de las tortugas marinas y, más particularmente, con el hecho de que las tortugas marinas a las que se refiere el artículo 609 son una especie altamente migratoria, hecho confirmado por los expertos consultados por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto.¹⁹⁸ Observamos asimismo que el Órgano de Apelación declaró

¹⁹⁵ Cursivas del original; subrayado añadido.

¹⁹⁶ Subrayado añadido.

¹⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 171.

¹⁹⁸ Informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, párrafos 5.1 a 5.312.

que este objetivo -la protección y conservación de las tortugas marinas por ser una especie altamente migratoria- "exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas".¹⁹⁹ También es importante tener presente, como implícitamente hace notar el Órgano de Apelación, que la situación de cada Miembro puede ser diferente en lo que se refiere a la protección y conservación de las tortugas marinas.²⁰⁰

5.53 En lo que se refiere al marco jurídico, recordamos que el Órgano de Apelación también observó que "la necesidad y conveniencia de tales esfuerzos [destinados a proteger las especies migratorias] han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales".²⁰¹ Inevitablemente, al examinar este marco jurídico, tendremos que basarnos en las normas consuetudinarias del derecho internacional sobre la interpretación de los tratados, tal como han sido consagradas en la Convención de Viena.

5.54 En ese marco, al evaluar en primer lugar el *objeto y fin* del Acuerdo sobre la OMC, observamos que en su preámbulo se hace referencia al concepto de "desarrollo sostenible".²⁰² Esto significa que, al interpretar los términos del preámbulo, debemos tener presente que el desarrollo sostenible es uno de los objetivos del Acuerdo sobre la OMC.

5.55 Para valorar este objetivo con mayor detalle cabe hacer referencia a la Decisión de Marrakech por la que se establece el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA). En el preámbulo de esa Decisión se expresa, entre otras cosas, que:

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

Estos términos parecerían sugerir que el recurso a medidas relacionadas con el comercio no basadas en un consenso internacional no es por lo general el medio más adecuado para hacer observar medidas ambientales, ya que esto da lugar a la imposición de limitaciones no justificadas sobre el sistema multilateral de comercio y puede afectar al desarrollo sostenible.

5.56 Esto se desprende también del contexto del artículo XX, en el que se señala que se debe dar preferencia a un enfoque multilateral en lo que respecta a la protección del medio ambiente. Sobre este particular, observamos el contenido del Informe de 1996 del CCMA, en el que dicho Comité

¹⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168, en el que se cita la Declaración de Río, el Programa 21, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención de Bonn sobre la Conservación de las Especies Migratorias y Animales Silvestres y el Informe (1996) del CCMA.

²⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 165, en el que el Órgano de Apelación precisa que "muchos de esos Miembros [de la OMC] pueden tener una situación diferente".

²⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168.

²⁰² Véanse los textos finales de los acuerdos negociados por los gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD - Río de Janeiro (Brasil), 3 a 14 de junio de 1992) y concretamente la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (denominada en adelante la "Declaración de Río"), y el Programa 21 en www.unep.org; el concepto se desarrolla en planes de acción detallados en el Programa 21, con el objeto de lograr un desarrollo que sea sostenible, lo que significa "satisfacer las necesidades de la presente generación, sin comprometer la capacidad de unas generaciones para satisfacer las propias". Véase *World Commission on Environment and Development, Our Common Future* (Oxford: Oxford University Press, 1988).

suscribió y apoyó "las soluciones multilaterales basadas en la cooperación y el consenso internacional como la manera mejor y más eficaz en que los gobiernos pueden abordar los problemas ambientales de carácter transfronterizo o mundial".²⁰³ En la medida en que cabe considerar que este informe expresa la opinión de los Miembros de la OMC, se puede alegar que da prueba de una "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" (apartado b) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena) y, en tanto que tal, debe tenerse en cuenta en la interpretación de las disposiciones en cuestión. No obstante, incluso si no se lo considera como una prueba de una práctica ulteriormente seguida, no deja de ser la expresión de una opinión común de los Miembros y, por tanto, es pertinente para valorar el alcance del preámbulo del artículo XX.

5.57 Por último, observamos que el Órgano de Apelación y el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto hicieron referencia a diversos acuerdos internacionales, muchos de los cuales han sido ratificados o de otro modo aceptados por las partes en la presente diferencia.²⁰⁴ El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena establece que, en la interpretación de un tratado, habrá de tenerse en cuenta, juntamente con el texto, toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Observamos que, con excepción de la Convención de Bonn sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres²⁰⁵, Malasia y los Estados Unidos han aceptado o se han comprometido a cumplir todos los instrumentos internacionales mencionados por el Órgano de Apelación en el párrafo 168 de su informe.²⁰⁶

5.58 A fin de aclarar el significado de la expresión "discriminación injustificable" en el contexto de las medidas relativas a la protección de especies migratorias amenazadas, los elementos antes mencionados, que deben sopesarse adecuadamente de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación, ejercen influencia en la ubicación de la línea de equilibrio que los Estados Unidos deben respetar en el caso que nos ocupa. Es indudable que esos elementos desplazan la línea de equilibrio en dirección de las soluciones multilaterales y las medidas no restrictivas del comercio.²⁰⁷

²⁰³ Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente, WT/CTE/1, 12 de noviembre de 1996, párrafo 171.

²⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 168.

²⁰⁵ Sin embargo, observamos que el Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental "será considerado un acuerdo con arreglo al párrafo 4 del artículo IV de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres" ("Principios básicos", párrafo 1 del Memorándum de Entendimiento). También entendemos que la secretaría de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres prestó asistencia en la negociación del Memorándum de Entendimiento y es la secretaría provisional de dicho Memorándum de Entendimiento.

²⁰⁶ Véase la nota 199 *supra*.

²⁰⁷ Observamos a este respecto que el propio Órgano de Apelación mencionó la Convención Interamericana para ilustrar la ubicación de la línea de equilibrio que define cuándo una medida determinada puede ser considerada como un abuso o un uso indebido del artículo XX:

"170. La yuxtaposición de a) los compromisos *concertados* para adoptar reglamentos que prevean, entre otras cosas, la utilización de los DET que, según se haya *determinado conjuntamente*, son idóneos para las zonas marítimas de una determinada Parte con b) la reafirmación de las obligaciones que corresponden a las Partes en virtud del *Acuerdo sobre la OMC*, con inclusión del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* y el artículo XI del GATT de 1994, sugiere que las Partes en la Convención Interamericana trazaron conjuntamente la línea de equilibrio a la que nos referíamos antes." (Cursivas del original, subrayado añadido.)

5.59 Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el hecho de que las tortugas marinas constituyen una especie altamente migratoria, cuya protección interesa a todos los Estados a través de cuyos territorios o zonas marítimas las tortugas marinas migran, y que ese reconocimiento, tanto a nivel de la OMC como de otros acuerdos internacionales, en el sentido de que la protección de las especies migratorias se alcanza mejor mediante la cooperación internacional, desplaza considerablemente la línea de equilibrio mencionada por el Órgano de Apelación hacia una solución bilateral o multilateralmente negociada, lo que hace que el recurso a las medidas unilaterales sea menos aceptable. A nuestro juicio, esta es la razón por la que el Órgano de Apelación estableció que era necesario que los Estados Unidos emprendieran serios esfuerzos en materia de protección y conservación de las tortugas marinas a fin de evitar el abuso o el uso indebido del artículo XX del GATT de 1994. Esto significa que, si constatáramos que la prohibición de importación adoptada por los Estados Unidos fue aplicada sin realizar serios esfuerzos para negociar un acuerdo multilateral para la protección y conservación de las tortugas marinas, la medida podría constituir un abuso o un uso indebido del artículo XX.

5.60 Observamos asimismo que el Órgano de Apelación declaró que "el preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe".²⁰⁸ El concepto de buena fe, en relación con la cuestión que se examina en esta sección, supone una continuidad de esfuerzos que, en nuestra opinión, es la única manera de abordar satisfactoriamente la cuestión de la conservación y la protección de las tortugas marinas mediante negociaciones multilaterales, como lo demuestran las circunstancias del caso presente. Por consiguiente, consideramos que, aunque el Órgano de Apelación sólo hace referencia a los "serios esfuerzos", el concepto de esfuerzos de buena fe supone, entre otras cosas, que la seriedad de los esfuerzos realizados por los Estados Unidos en este caso se deben valorar a lo largo de un período de tiempo. Es esta continuidad de los esfuerzos lo que importa, y no un acto particular en un momento dado, seguido de inactividad.

5.61 Sobre esta base, procederemos a determinar si la línea de equilibrio en la esfera de la conservación y protección de las tortugas marinas requiere la concertación de un acuerdo internacional o sólo de esfuerzos encaminados a negociar.

ii) *Obligación de negociar u obligación de alcanzar un acuerdo internacional*

5.62 Recordamos que las partes discrepan en cuanto al alcance de las obligaciones de los Estados Unidos en relación con la negociación y concertación de un acuerdo internacional para la protección y conservación de las tortugas marinas. Los Estados Unidos alegan que sólo tienen que hacer esfuerzos de buena fe para negociar un acuerdo, mientras que Malasia sostiene, como primera línea de argumentación, que se tiene que alcanzar un acuerdo internacional antes de que se pueda aplicar medida alguna.

5.63 El Grupo Especial recuerda en primer lugar que el Órgano de Apelación consideró que "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"²⁰⁹ tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una discriminación es justificable o injustificable en el sentido del preámbulo del artículo XX. A juzgar por los términos empleados, nos parece que el Órgano de Apelación se refería a una negociación y no a la concertación de un acuerdo. Si el Órgano de Apelación hubiera considerado que se debía concertar un acuerdo antes de que los Estados Unidos pudieran adoptar

²⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 158.

²⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 166 (cursivas añadidas).

alguna medida, no habría utilizado la expresión "con el objetivo"; habría simplemente declarado que se debía concertar un acuerdo.

5.64 Observamos asimismo que el Órgano de Apelación declaró que:

"172. Es evidente que los Estados Unidos *entablaron negociaciones serias con algunos Miembros y no con otros* (entre ellos los apelados) que exportan camarón a dicho país. El efecto de esa medida es simplemente discriminatorio y, en nuestra opinión, injustificable. El carácter injustificable de esta discriminación queda patente cuando examinamos el efecto acumulado de la *omisión de los Estados Unidos de entablar negociaciones para establecer medidas concertadas destinadas a la protección y conservación de los recursos marítimos vivos que aquí nos ocupan*, pese a la disposición estatutaria recogida en el propio artículo 609, que prevé expresamente que se iniciarán negociaciones lo antes posible para establecer acuerdos bilaterales y multilaterales." [Se omite la nota de pie de página.]

De este párrafo se desprende claramente que el Órgano de Apelación consideró que el requisito se refiere a la "negociación" y no a la "concertación" de un acuerdo. Además, consideramos que, si el Órgano de Apelación hubiera tenido la intención de sugerir que ninguna medida se podría adoptar fuera del marco de un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas, no habría proseguido el examen de la medida unilateral aplicada de conformidad con el artículo 609. En cambio, habría llegado a una conclusión definitiva una vez que hubo determinado, como lo hizo el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, que los Estados Unidos no habían realizado hasta ese momento esfuerzos serios encaminados a negociar un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas.

5.65 Observamos asimismo que, en el párrafo 121 de su informe, el Órgano de Apelación declaró que "condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de algunas de las excepciones a) a j) del artículo XX". Esto, al parecer, significa que, en opinión del Órgano de Apelación, el recurso a una medida unilateral no puede excluirse *a priori* en el marco del artículo XX del GATT de 1994.

5.66 En el contexto de esta sección, llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos tenían en el caso presente las siguientes obligaciones a fin de evitar una "discriminación injustificable":

- a) los Estados Unidos tenían que tomar la iniciativa de celebrar negociaciones con los apelados, tras haber ya 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 fe²¹⁰; y

²¹⁰ Véase el párrafo 5.60 *supra*.

- d) los esfuerzos serios y de buena fe se debían realizar antes ²¹¹ de imponer una prohibición de importación concebida unilateralmente.²¹²

5.67 En consecuencia, consideramos que el Órgano de Apelación no podía haber querido decir en sus constataciones que los Estados Unidos tenían la obligación de concertar un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo XX. No obstante, llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos tenían la obligación de realizar esfuerzos serios y de buena fe para alcanzar un acuerdo antes de recurrir al tipo de medida unilateral actualmente en vigor. Consideramos también que esos esfuerzos no podían tener un carácter aislado. Debe tratarse de un proceso continuado, incluso después de que se haya adoptado una medida unilateral mientras está pendiente la concertación de un acuerdo. En realidad, consideramos que la referencia hecha por el Órgano de Apelación a diversos acuerdos internacionales que fomentan una solución multilateral a las preocupaciones en materia de conservación a las que se refiere el artículo 609 demuestra que una solución multilateral, idealmente no restrictiva del comercio, se ha de preferir por lo general para abordar estas preocupaciones, en particular si se establece que era una vía alternativa de la que razonablemente se disponía.²¹³

5.68 Tras haber determinado el contexto en el que se debe recurrir a las negociaciones bilaterales o multilaterales, procederemos a determinar el alcance de los "esfuerzos serios y de buena fe" requeridos en el caso que nos ocupa.

iii) *La Convención Interamericana como referencia de la realización de esfuerzos serios y de buena fe en el caso presente*

5.69 Como se mencionó *supra*, lo que se plantea en esta etapa es la existencia de una "discriminación injustificable" como resultado de: i) la falta de negociación o una negociación insuficiente con algunos Miembros y en términos generales; y ii) el carácter unilateral del diseño y la aplicación de la medida inicial, lo que no permitió que se tuviera en cuenta la situación particular de cada país exportador. Por consiguiente, a fin de suprimir la discriminación injustificable, los esfuerzos serios y de buena fe deben abordar estos dos aspectos.

5.70 Observamos que, en lo que respecta a la Convención Interamericana, el Órgano de Apelación declaró, entre otras cosas, que:

"170. La yuxtaposición de a) los compromisos *concertados* para adoptar reglamentos que prevean, entre otras cosas, la utilización de los DET que, según se haya *determinado conjuntamente*, son idóneos para las zonas marítimas de una determinada Parte con b) la reafirmación de las obligaciones que corresponden a las Partes en virtud del *Acuerdo sobre la OMC*, con inclusión del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* y el artículo XI del GATT de 1994, sugiere que las partes en la Convención Interamericana trazaron conjuntamente la línea de equilibrio

²¹¹ El Grupo Especial considera que la utilización de la palabra "antes" por el Órgano de Apelación se debe examinar en el contexto del caso original. Esto no significa que, en lo que se refiere a la aplicación, los Estados Unidos tendrían que retroceder en el tiempo para corregir el error inicial, lo que resulta obviamente imposible. La cuestión de la conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD se debe valorar sobre la base de las medidas adoptadas por los Estados Unidos con posterioridad a la adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación.

²¹² Con respecto a este último punto, el Grupo Especial considera importante observar que no basta con "iniciar" negociaciones formalmente antes de recurrir a una medida unilateral. Los esfuerzos serios y de buena fe se deben realizar continuamente hasta la conclusión satisfactoria de las negociaciones.

²¹³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 171.

a las que nos referíamos antes. La Convención Interamericana demuestra la convicción de sus signatarios, incluidos los Estados Unidos, de que se dispone de procedimientos concertados y multilaterales para el establecimiento de programas para la conservación de las tortugas marinas y que éstos son viables. Además, la Convención Interamericana hace hincapié en la validez e importancia permanentes del artículo XI del GATT de 1994 y, en términos más generales, de las obligaciones derivadas del *Acuerdo sobre la OMC* para mantener entre sus signatarios el equilibrio entre los derechos y las obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo sobre la OMC*.

171. La Convención Interamericana constituye, por consiguiente, una demostración convincente de que los Estados Unidos disponían razonablemente de vías alternativas para lograr el objetivo legítimo de política ambiental de la medida por ellos aplicada, vías diferentes de los procedimientos unilaterales y no concertados que caracterizan la prohibición de las importaciones impuesta al amparo del artículo 609."²¹⁴

5.71 En lo que respecta a la falta de negociación o negociación insuficiente con algunos Miembros en comparación con otros, la referencia del Órgano de Apelación a la Convención Interamericana demuestra que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para negociar con los reclamantes antes de imponer la medida inicial fueron en gran medida insuficientes. La Convención Interamericana fue negociada con carácter de acuerdo vinculante y entró en vigor el 2 de mayo de 2001.²¹⁵ Concluimos que la Convención Interamericana puede considerarse razonablemente como una referencia de lo que puede lograrse mediante negociaciones multilaterales en la esfera de la protección y conservación. Aunque estamos de acuerdo en que las circunstancias fácticas pueden ejercer influencia en la duración del proceso o en el resultado final, consideramos que todo esfuerzo del que se alega que es un "esfuerzo serio y de buena fe" se debe valorar en comparación con los esfuerzos realizados para la concertación de la Convención Interamericana.

5.72 En lo que respecta al carácter unilateral del diseño y la aplicación de la medida inicial, que no permite que se tenga en cuenta la situación particular de cada país exportador, recordamos que el Órgano de Apelación hizo notar que la Convención Interamericana preveía compromisos *concertados* para adoptar reglamentos que previeran, entre otras cosas, la utilización de los DET, que, según se haya *determinado conjuntamente, sean idóneos para las zonas marítimas de una determinada Parte*. A nuestro juicio, esto constituye una aplicación, en el contexto particular de la negociación de un acuerdo sobre las tortugas marinas, de la prescripción recordada de modo más general por el Órgano de Apelación en sus constataciones, relativa a la discriminación arbitraria e injustificable, en el sentido de que los Estados Unidos deberían haber tenido en cuenta la situación que prevalecía en los demás países negociadores.²¹⁶

5.73 En nuestra opinión, la consecuencia de esto es que el criterio relativo a los esfuerzos previos y de buena fe para negociar un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas debe entenderse en consonancia con la constatación del Órgano de Apelación, en el sentido de que los Estados Unidos debían haber tenido en cuenta la situación de cada país exportador. Así, los esfuerzos de negociación debían haberse realizado teniendo en cuenta las situaciones que prevalecían en otros países negociadores. Estamos de acuerdo en que, normalmente, la propia razón de ser de una

²¹⁴ Cursivas del original, subrayado añadido.

²¹⁵ Al 15 de mayo de 2001, eran Partes en la Convención nueve países: el Brasil, Costa Rica, el Ecuador, Honduras, México, los Países Bajos, el Perú, Venezuela y los Estados Unidos.

²¹⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, párrafos 161, 163, 164, 165, 172 y 177.

negociación es permitir que todas las partes traten de que sus situaciones se tengan en cuenta, y que el añadir tal requisito podría parecer superfluo. No obstante, consideramos que este requisito es esencial en el contexto particular que nos ocupa. Observamos que el artículo 609 se ha aplicado a todo el mundo a partir de 1996. Desde entonces, todo país exportador de camarón a los Estados Unidos y que ha entablado negociaciones, lo ha hecho al mismo tiempo que estaba sometido a los requisitos del artículo 609. El Órgano de Apelación observó que la medida inicial, en su aplicación, tendía más a influir efectivamente en los Miembros de la OMC para que adoptasen esencialmente el mismo régimen reglamentario que el aplicado por los Estados Unidos a sus arrastreros nacionales que se dedicaban a la pesca del camarón, aun cuando muchos de esos Miembros podían tener una situación diferente.²¹⁷ Consideramos que, en ese contexto, los negociadores pueden haberse visto constreñidos a aceptar condiciones que no hubieran aceptado si el artículo 609 no se hubiese aplicado. Aun cuando el artículo 609, tal como se aplica actualmente, tiene más en cuenta la existencia de diferentes programas de conservación, aún puede ejercer influencia en el resultado de las negociaciones. Por esto, el Grupo Especial considera importante tener en cuenta la realidad de las relaciones internacionales y considera que la norma de examen aplicable a los esfuerzos de los Estados Unidos en el plano internacional se debe expresar de la manera siguiente: si los Estados Unidos han realizado esfuerzos serios y de buena fe para negociar un acuerdo internacional, teniendo en cuenta la situación de los demás países negociadores.

5.74 En esta etapa, deseamos aclarar que, en nuestra opinión, el Órgano de Apelación no consideró que la Convención Interamericana fuera lo *exigido* en materia de protección de las tortugas marinas, sino que estimó que se trataba de un ejemplo de una medida que cumpliría los criterios del preámbulo del artículo XX en cuanto al equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar el artículo XX y el deber del mismo Miembro de respetar los derechos convencionales de otros Miembros. En consecuencia, un acuerdo de ese tipo sería más compatible con el objetivo del preámbulo del artículo XX de evitar el abuso indebido de un derecho que una prohibición de importación concebida de forma unilateral. Esto puede deducirse de la comparación realizada por el Órgano de Apelación entre la Convención Interamericana y una "prohibición de las importaciones [que es] generalmente el "arma" más pesada dentro del arsenal de medidas comerciales a las que pueden recurrir los Miembros".²¹⁸

5.75 No obstante, aunque ésta pueda constituir sólo una de las formas de abordar la protección de las tortugas marinas de manera compatible con el artículo XX, nos parece que, en el contexto del caso que nos ocupa, tiene una importancia particular: la Convención Interamericana es una demostración de que resulta factible negociar un acuerdo vinculante para imponer la adopción de medidas comparables a las aplicadas en los Estados Unidos. Contrariamente a lo que los Estados Unidos parecen alegar, la concertación de la Convención Interamericana demuestra que el criterio de los esfuerzos serios y de buena fe aplicados en relación con la negociación de un acuerdo internacional en materia de protección y conservación de las tortugas marinas puede resultar bastante exigente.

iv) Conclusión

5.76 Entendemos que las constataciones del Órgano de Apelación significan que los Estados Unidos tienen la obligación de realizar esfuerzos serios y de buena fe para abordar la cuestión de la protección y conservación de las tortugas marinas en el plano internacional. Somos conscientes del carácter potencialmente subjetivo del concepto de esfuerzos serios y de buena fe y de las dificultades que puede plantear la aplicación de tal criterio en la práctica. No obstante, observamos que en el caso que nos ocupa se dispone de diversas señales indicadoras. Se reconoce de forma unánime el hecho de que las tortugas marinas son una especie migratoria y de que están al borde de la extinción. Los

²¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 165.

²¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 171.

objetivos en materia de protección y conservación de las tortugas marinas son bastante claros y en gran medida reconocidos. Los medios de alcanzarlos han sido determinados por los científicos, examinados en seminarios e incluidos en documentos de negociación. El carácter de las tortugas marinas como especie migratoria también es importante, dada la preferencia expresada en diversas convenciones internacionales en favor de un enfoque multilateral para la conservación de las especies migratorias. Los Estados Unidos tienen una postura exigente en esta esfera y, dados los medios científicos, diplomáticos y financieros de que disponen, es razonable esperar más que menos de ese Miembro en lo que se refiere a la realización de esfuerzos serios y de buena fe. En realidad, la capacidad de persuasión de los Estados Unidos se ve ilustrada por la fructífera negociación de la Convención Interamericana.

5.77 Por supuesto, ningún criterio único puede resultar adecuado. Además, las circunstancias fácticas particulares que prevalecen en una determinada negociación pueden modificar el nivel de los logros que cabe esperar. Por esta razón el Grupo Especial procuró obtener tanta información como fuera posible sobre la negociación del Memorándum de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y Asia Sudoriental²¹⁹, en cuya negociación participaron Malasia y los Estados Unidos.

5.78 Además, los Estados Unidos, si bien tienen una postura exigente en esta esfera, no pueden ser considerados responsables exclusivos del logro de un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas. En realidad, si bien pueden ser responsables de la falta de un acuerdo, por ejemplo por bloquear las negociaciones, también pueden compartir esa responsabilidad o no ser responsables en absoluto.

b) Evaluación de la compatibilidad de la medida de aplicación

i) *Esfuerzos serios y de buena fe al vencimiento del plazo prudencial*

5.79 Ambas partes han presentado una descripción de sus esfuerzos encaminados a negociar un acuerdo sobre la protección y conservación de las tortugas marinas desde 1996. El Grupo Especial observa que la primera prueba tangible de un esfuerzo de buena fe realizado por los Estados Unidos para la concertación de un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas es el documento comunicado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a varios países del Océano Índico y a los cuatro reclamantes iniciales en esta diferencia el 14 de octubre de 1998. Este documento contiene posibles elementos de una convención regional para la conservación de las tortugas marinas en el Océano Índico. Posteriormente, los Estados Unidos aportaron su contribución al simposio y taller sobre biología y conservación de las tortugas marinas, celebrado en Sabah (Malasia) los días 15 a 17 de julio de 1999. El simposio de Sabah dio lugar a la adopción de una Declaración en la que se instó a "la negociación y aplicación de un acuerdo regional más amplio para la conservación y ordenación de las poblaciones de tortugas marinas y de sus hábitat en la región del Indo-Pacífico y del Océano Índico". Por último, en la Conferencia de Perth, celebrada en octubre de 1999, los gobiernos participantes se comprometieron a elaborar un acuerdo internacional sobre la conservación de las tortugas marinas en la región.

5.80 El Grupo Especial, teniendo en cuenta los criterios precisados por el Órgano de Apelación, concluye que, al vencimiento del plazo prudencial, los Estados Unidos habían realizado esfuerzos sustanciales. Ahora bien, dichos esfuerzos estaban aún en curso en ese momento. Este Grupo Especial fue establecido sólo el 23 de octubre de 2000. Entre el vencimiento del plazo prudencial y esa fecha, se han producido nuevos acontecimientos que no pueden dejar de tenerse en cuenta para valorar si se han realizado efectivamente esfuerzos serios y de buena fe. Es por esto que nos abstenemos, en este caso particular, de adoptar una posición con respecto a la existencia de esfuerzos

²¹⁹ Julio de 2000, en adelante denominado el "Memorándum de Entendimiento".

serios y de buena fe al vencimiento del plazo prudencial y preferimos determinar si se han realizado efectivamente esfuerzos de buena fe a la fecha del establecimiento de este Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.²²⁰

ii) *Esfuerzos serios y de buena fe a la fecha en que el asunto fue sometido a este Grupo Especial*

5.81 El principal acontecimiento posterior al vencimiento del plazo prudencial ha sido la realización de una primera ronda de negociaciones encaminadas a la concertación de un acuerdo regional sobre la conservación de las tortugas marinas, en Kuantan (Malasia) del 11 al 14 de julio de 2000, en las que participaron los Estados Unidos. En Kuantan, 24 países adoptaron el texto del Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental. El Acta Final de la reunión establece que, antes de que el Memorándum de Entendimiento se pueda ultimar, se deberá negociar y anexar al mismo un plan de conservación y ordenación. Sin embargo, el Memorándum de Entendimiento no será por ahora un instrumento jurídicamente vinculante.

5.82 El Grupo Especial estima que podría considerarse que la contribución de los Estados Unidos a la labor preparatoria de la reunión de Kuantan y su contribución a la propia reunión de Kuantan constituyen esfuerzos serios y de buena fe. Como se ha mencionado anteriormente, el criterio establecido por la Convención Interamericana es bastante estricto. Sin embargo, hay que tener en cuenta las circunstancias de hecho.

5.83 En primer lugar, la Convención Interamericana fue negociada como un instrumento jurídicamente vinculante. El Grupo Especial entiende que los Estados Unidos también eran partidarios de un acuerdo jurídicamente vinculante para la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. Sin embargo, al parecer algunas otras partes eran partidarias de un texto no vinculante. Como se mencionó precedentemente, los esfuerzos de los Estados Unidos se deben evaluar teniendo en cuenta el contexto fáctico. No cabe considerar a los Estados Unidos como responsables de que algunas otras partes en la reunión de Kuantan no fueran partidarias de un texto vinculante. No obstante, esta circunstancia no disminuye la obligación continuada de los Estados Unidos de realizar esfuerzos serios y de buena fe encaminados a lograr un acuerdo vinculante. Además, el Grupo Especial observa que el resto de las negociaciones relacionadas con el Memorándum de Entendimiento del Asia Sudoriental podría concluir durante el año 2001.

5.84 En segundo lugar, el contenido del acuerdo final dependerá del contenido del plan de conservación y ordenación, que se anexará al Memorándum de Entendimiento, pero que aún estaba en proceso de redacción durante el procedimiento de este Grupo Especial. El Grupo Especial no puede suponer a este respecto que los Estados Unidos, teniendo en cuenta su propia política encaminada a la protección y conservación de las tortugas marinas, serían favorables a un acuerdo internacional que impusiera o fomentara -en el caso de un acuerdo no vinculante- programas insuficientes en materia de protección y conservación. Consideramos que, al menos hasta que quede terminado el plan de conservación y ordenación que ha de adjuntarse al Memorándum de Entendimiento, los esfuerzos de los Estados Unidos deben juzgarse sobre la base de su participación activa y su apoyo financiero a las negociaciones, y también sobre la base de los anteriores esfuerzos que realizaron desde 1998, teniendo en cuenta la probabilidad de una conclusión de las negociaciones durante el año 2001. En estas circunstancias, parece razonable considerar que los Estados Unidos han realizado, a la fecha del establecimiento de este Grupo Especial, esfuerzos serios y de buena fe para concertar un acuerdo multilateral.

5.85 El Grupo Especial hace notar el argumento de los Estados Unidos, de que los progresos realizados en las negociaciones multilaterales en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental no

²²⁰ Esto no significa que los Estados Unidos no tuvieran que poner su legislación en conformidad al vencimiento del plazo prudencial.

se traducirán necesariamente en el logro del objetivo ambiental de la medida estadounidense. En otros términos, según los Estados Unidos, las negociaciones podrán o no dar lugar a medidas acordadas multilateralmente que salvarán de la extinción a las tortugas marinas.

5.86 El Grupo Especial desea recordar que lo que se exige a los Estados Unidos de conformidad con el razonamiento del Órgano de Apelación es la realización de esfuerzos serios y de buena fe en la negociación de un acuerdo destinado a la protección y conservación de las tortugas marinas, teniendo en cuenta la situación de las otras partes negociadoras. Dicho de otro modo, en el caso que nos ocupa los Estados Unidos tienen la obligación de realizar esfuerzos que guarden proporción con su situación como país que procura la protección y conservación de las tortugas marinas. Además, la obligación que pesa sobre los Estados Unidos tiene un carácter continuado. En el caso presente, es debido a que los Estados Unidos han demostrado que están realizando esfuerzos serios y de buena fe que, en nuestra opinión, están autorizados *provisionalmente* a imponer la medida de aplicación, que puede estar sujeta a un mayor control en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

c) Conclusión

5.87 Como se ha mencionado anteriormente, nuestro entendimiento de las constataciones del Órgano de Apelación es que los Estados Unidos estarían autorizados a mantener la medida de aplicación si se demostrara que estaban realizando esfuerzos serios y de buena fe para concertar un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas. El Grupo Especial considera que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos desde 1998 cumplen el criterio establecido en el informe del Órgano de Apelación. El Grupo Especial hace notar a este respecto el ritmo sostenido de las negociaciones y la perspectiva de su conclusión en el año 2001, así como la contribución eficaz de los Estados Unidos en el contexto de esas negociaciones. El Grupo Especial hace notar asimismo el significativo contraste entre la situación examinada por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y por el Órgano de Apelación y la situación existente en la actualidad. Por último, el Órgano de Apelación observa que Malasia no ha presentado pruebas convincentes de que los Estados Unidos no han realizado esfuerzos serios y de buena fe en relación con la negociación de un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas desde la adopción de los informes del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación.

5.88 Por último, el Grupo Especial desea aclarar que, en un contexto como el presente, en el que es claramente preferible un acuerdo multilateral, y en el que las medidas como las adoptadas por los Estados Unidos en este caso sólo pueden ser aceptadas en el marco del artículo XX si están autorizadas por un acuerdo internacional, o si son adoptadas tras la realización de esfuerzos serios y de buena fe encaminados a lograr un acuerdo multilateral, la posibilidad de imponer una medida unilateral para proteger las tortugas marinas con arreglo al artículo 609 debe más bien verse, a los fines del artículo XX, como la posibilidad de adoptar una medida *provisional* autorizada por razones de urgencia, más que como un "derecho" definitivo a adoptar una medida permanente. En todo momento se puede volver a evaluar en qué medida se siguen realizando esfuerzos serios y de buena fe. Por ejemplo, ciertas medidas que constituían esfuerzos de buena fe al comienzo de una negociación podrían no cumplir ese criterio en una etapa ulterior.

4. Otras prescripciones relativas a la discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones

a) Alegaciones relativas a las constataciones de "discriminación injustificable" en el informe del Órgano de Apelación

i) *Introducción*

5.89 Al parecer, las partes coinciden en que las constataciones del Órgano de Apelación relativas a la existencia de una "discriminación injustificable", aparte de las vinculadas con las negociaciones multilaterales, se refieren a cuatro aspectos principales de la aplicación del artículo 609, a saber: i) la insuficiente flexibilidad de las Directrices de 1996, en particular la falta de consideración de las diferentes condiciones que pueden existir en los países exportadores; ii) la prohibición de la importación de camarón capturado en países que carecen de certificación, inclusive cuando ese camarón ha sido capturado mediante la utilización de DET; iii) la extensión del plazo para la "adaptación gradual"; y iv) las diferencias en el nivel de los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para transferir satisfactoriamente la tecnología de los DET a los países exportadores.

ii) *Flexibilidad insuficiente de las Directrices de 1996, en particular la falta de consideración de las diferentes condiciones que pueden existir en los territorios de los países exportadores*

5.90 El Órgano de Apelación consideró que el artículo 609, según se aplica por medio de las Directrices de 1996, constituía una discriminación injustificable dado que su procedimiento de certificación carecía de flexibilidad. En particular, la medida debería haber tenido en cuenta las diferentes condiciones que podían existir en los territorios de los Miembros exportadores. Debido a la complejidad de la cuestión, las constataciones del Órgano de Apelación sobre esta cuestión merecen ser citadas ampliamente:

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

162. Según las Directrices de 1996, la certificación "se efectuará" en virtud del artículo 609 b) 2) A) y B) si el programa del país exportador incluye la obligación de que todos los barcos dedicados a la pesca comercial del camarón con redes de arrastre que operen en aguas en las que exista la posibilidad de atrapar tortugas marinas utilicen, en todo momento, DET cuya eficacia sea comparable a la de los utilizados

en los Estados Unidos. [Se omite la nota de pie de página.] En virtud de estas Directrices, cualquiera de las excepciones a la obligación de utilización de los DET debe ser comparable a las excepciones establecidas en el programa de los Estados Unidos. [Se omite la nota de pie de página.] Además, el país pesquero deber mantener medidas convincentes para asegurar el cumplimiento. [Se omite la nota de pie de página.] El texto de las Directrices de 1996 es preceptivo: la certificación "shall be made" ("se efectuará") si estas condiciones se cumplen. Sin embargo, consideramos que estas normas también se aplican en una forma *exclusiva*. Es decir, las Directrices de 1996 especifican la *única* forma en que el programa reglamentario del país pesquero puede considerarse "comparable" al programa estadounidense y, en consecuencia, definen la *única* forma en que el país pesquero puede recibir un certificado en virtud del artículo 609 b) 2) A) y B). Aunque las Directrices de 1996 indican que, al formular una determinación de comparabilidad, el Departamento de Estado "tendrá también en cuenta las demás medidas que el país pesquero adopte para proteger a las tortugas marinas" [se omite la nota de pie de página.], en la práctica, los funcionarios competentes del Gobierno solamente verifican si existe un programa reglamentario que exija la utilización de los DET o un programa reglamentario que pueda estar comprendido en una de las excepciones sumamente limitadas a disposición de los barcos arrastreros estadounidenses que se dedican a la pesca del camarón. [Se omite la nota de pie de página.]

163. La *aplicación* efectiva de la medida, a través de la aplicación de las Directrices de 1996 y de la práctica reglamentaria de los administradores, *requiere* a otros Miembros de la OMC que adopten un programa reglamentario que no sea simplemente *comparable*, sino *esencialmente el mismo*, que el que se aplica a los arrastreros estadounidenses que se dedican a la pesca del camarón. En consecuencia, el efecto de la aplicación del artículo 609 es establecer una norma rígida e inflexible en virtud de la cual los funcionarios estadounidenses determinan si los países recibirán o no un certificado, concediendo o denegando de esa forma a otros países el derecho de exportar camarones a los Estados Unidos. Los administradores que efectúan la determinación de la comparabilidad, en la práctica, no tienen en cuenta otras políticas y medidas concretas que puede haber adoptado un país exportador para la protección y la conservación de las tortugas marinas. [Se omite la nota de pie de página.]

164. Comprendemos que los Estados Unidos apliquen una norma uniforme en todo su territorio, con independencia de las condiciones particulares que existan en determinadas partes del país. Los Estados Unidos exigen la utilización en todo momento de los DET aprobados a los arrastreros nacionales que se dedican a la pesca comercial del camarón en aguas en las que existe la probabilidad de que interfieran con las tortugas marinas, independientemente de la incidencia efectiva de las tortugas marinas en esas aguas, las especies de esas tortugas marinas u otras diferencias o disparidades que puedan existir en diferentes partes de los Estados Unidos. Puede ser bastante aceptable que un gobierno, al adoptar y aplicar una política nacional, adopte una única norma aplicable a todos sus ciudadanos en todo el país. No obstante, no es aceptable en las relaciones comerciales internacionales que un Miembro de la OMC utilice un embargo económico para *exigir* que otros Miembros adopten esencialmente el mismo programa reglamentario integral para alcanzar determinada meta política, como el programa en vigor en el territorio de ese Miembro, *sin* tener en cuenta las diferentes condiciones que puedan existir en los territorios de esos otros Miembros."²²¹

²²¹ Cursivas del original.

5.91 El Órgano de Apelación comparó el texto del artículo 609 con las directrices de aplicación y la práctica de las autoridades estadounidenses; el primero sólo preveía que los programas de conservación fueran *comparables*, mientras que las segundas requerían que fueran *esencialmente los mismos* que el programa de los Estados Unidos. El Órgano de Apelación también comparó la aplicación de una norma uniforme en todo el territorio de los Estados Unidos, lo que era aceptable, con la aplicación de la misma norma uniforme a los países exportadores, que no lo era.²²²

5.92 Además, en el párrafo 165, el Órgano de Apelación parece sugerir que la razón fundamental de que el artículo 609 se aplicase de una manera que constituía una "discriminación injustificable" era que la aplicación de la medida en cuestión no permitía ninguna investigación para determinar si el programa reglamentario era apropiado a las condiciones que prevalecían en los países exportadores.

5.93 En el párrafo 165 de su informe, el Órgano de Apelación también constató que la medida original:

"en su aplicación, tiende más a influir efectivamente en los Miembros de la OMC para que adopten esencialmente el mismo régimen reglamentario integral que el aplicado por los Estados Unidos a sus arrastreros nacionales que se dedican a la pesca del camarón, aun cuando muchos de esos Miembros puedan tener una situación diferente." (Cursivas añadidas.)

Al parecer, mientras que el Órgano de Apelación constató que la exigencia de adoptar esencialmente el mismo régimen constituía una discriminación arbitraria, aceptó -al menos implícitamente- que el requisito de que el programa estadounidense y los programas extranjeros fueran "comparables en eficacia" sería compatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del preámbulo del artículo XX. Esto es así porque permitiría "cierto grado de discreción o flexibilidad en la forma en que podrían aplicarse, en la práctica, a otros países las normas para determinar la comparabilidad".²²³ Por lo tanto, concluimos 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.

5.94 El primer paso para determinar si la medida de aplicación no tiene el mismo defecto que la medida inicial examinada por el Órgano de Apelación consiste en evaluar si los Estados Unidos ya no exigen que los programas de los países exportadores sean "esencialmente los mismos" que el de los Estados Unidos, sino únicamente que sean "comparables en eficacia". Observamos que la sección II.B. a) 1) de las Directrices Revisadas establecen, con respecto a esos programas que requieren la utilización de DET, que:

*"[...] la obligación de que todos los barcos dedicados a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que operen en aguas en las que existe la posibilidad de atrapar tortugas marinas utilicen en todo momento DET. Los DET *habrán de tener una eficacia comparable* a la de los utilizados en los Estados Unidos. Las exenciones a este requisito *deberán ser comparables a las del programa de los Estados Unidos* descrito más arriba."*²²⁴

Como ha reconocido implícitamente el Órgano de Apelación²²⁵, no basta que las Directrices Revisadas ya no establezcan "esencialmente el mismo" criterio. También se debe examinar la

²²² Véase el párrafo 5.72 *supra*.

²²³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

²²⁴ Directrices Revisadas, página 36950; anexo a este informe, párrafo 18 (cursivas añadidas).

²²⁵ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 161 y 162.

práctica efectiva de las autoridades estadounidenses. A este respecto, los Estados Unidos señalaron a la atención del Grupo Especial el examen del programa basado en los DET puesto en práctica por Australia en la pesquería septentrional de camarón. Los Estados Unidos examinaron la información presentada por Australia y realizaron visitas al sitio y llevaron a cabo conversaciones con funcionarios y representantes de la rama de producción australianos. Como sostuvo Australia durante el procedimiento²²⁶, las visitas y las conversaciones "confirmaron que un pequeño número de diferencias técnicas existentes entre la reglamentación de los DET [de la pesquería septentrional de camarón] y la reglamentación de DET de los Estados Unidos no hacían que los DET australianos tuvieran una eficacia no comparable a los DET estadounidenses". Australia no alega que el criterio de "eficacia comparable" que figura en las Directrices Revisadas fuera aplicado por los funcionarios estadounidenses de modo restrictivo. Por consiguiente, concluimos que, teniendo en cuenta el ejemplo de la pesquería septentrional de camarón de Australia, y no existiendo otras pruebas en contrario, la aplicación efectiva del criterio de "eficacia comparable" que figura en las Directrices Revisadas proporciona una mayor flexibilidad que el criterio de "esencialmente el mismo" aplicado anteriormente con arreglo a las Directrices de 1996 y no es aplicado restrictivamente por las autoridades estadounidenses que tienen a cargo la evaluación de los programas basados en DET.

5.95 A continuación procederemos a determinar si las Directrices Revisadas permiten una aplicación del artículo 609 que prevea una "investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en [los] países exportadores". Consideramos que una medida que permitiera a un Miembro demostrar que:

- a) tiene un programa comparable con el programa estadounidense sin establecer la utilización obligatoria de DET; o
- b) que existen en su territorio otras condiciones

cumpliría los requisitos de la recomendación del OSD en esta materia. No consideramos que el término "investigación" empleado en las constataciones del Órgano de Apelación significa necesariamente que los Estados Unidos deben adoptar la iniciativa de una investigación en cada uno de los países que solicite la certificación, sino que deben estar dispuestos a investigar toda reclamación formulada por un país pesquero que solicite la certificación.

5.96 En primer lugar, observamos que las Directrices Revisadas prevén la posibilidad de que se certifiquen programas que no exigen el empleo de DET. La sección II.B. a.), de las Directrices Revisadas dispone que "El Departamento de Estado evaluará la comparabilidad de los programas reglamentarios, según se describan en cualquier prueba documental presentada por los gobiernos de las naciones pesqueras, con el programa de los Estados Unidos". Observamos asimismo que la sección II.B. a) 2) establece que:

"Si el gobierno de una nación pesquera demuestra que ha puesto en práctica y está aplicando coercitivamente un programa reglamentario de eficacia comparable para proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre sin utilizar DET, esa nación también tendrá derecho a obtener un certificado."²²⁷

5.97 Las Directrices Revisadas establecen que esa demostración ha de basarse en datos empíricos apoyados por estudios científicos objetivos de duración y alcance suficientes para proporcionar la

²²⁶ Comunicación escrita de Australia en calidad de tercero, párrafo 13.

²²⁷ Directrices Revisadas, página 36950; anexo al presente informe: sección II.B. a) 2).

información necesaria a fin de adoptar una determinación viable. Las Directrices Revisadas disponen además que:

"Al examinar esa información, el Departamento de Estado habrá de tener plenamente en cuenta cualesquiera diferencias que se haya demostrado que existen entre las condiciones en que se realiza la pesca de camarón en los Estados Unidos y las condiciones en que se realiza esa pesca en otras naciones, así como la información procedente de otras fuentes."²²⁸

5.98 Recordamos que las Directrices revisadas también mencionan que "El Departamento de Estado sabe actualmente que no hay ninguna medida o serie de medidas que puedan minimizar la captura y la muerte por asfixia de tortugas marinas en [redes de arrastre provistas de puertas de tipo normal para la pesca de camarón] cuya eficacia sea comparable a la de la utilización obligatoria de DET". Ahora bien, el alcance de esta "presunción" se limita al empleo de redes de arrastre y no abarca otros medios de protección de las tortugas marinas tales como, por ejemplo, la prohibición de la pesca. Por consiguiente, consideramos que aparentemente la medida de aplicación prevé una "investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en los países exportadores" cuando se trata de evaluar los programas que no exigen la utilización de DET.

5.99 En segundo lugar, observamos también que las Directrices Revisadas incluyen una nueva categoría que autoriza la importación de "camarones pescados de cualquier otra manera o en cualesquiera otras circunstancias que el Departamento de Estado determine, después de celebrar consultas con el NMFS [Servicio Nacional de Pesca Marítima], que no representan una amenaza de captura accidental de tortugas marinas".²²⁹ En consecuencia, al parecer las Directrices Revisadas prevén la posibilidad de que se tengan en cuenta las situaciones en las que las tortugas no se vean amenazadas por redes de arrastre para la pesca de camarón.

5.100 No obstante, en lo que respecta a la evaluación de los programas basados en DET, es necesario, empero, que determinemos si, *en la práctica*, la medida de aplicación se aplica de modo tal que haga posible una "investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en [los] países exportadores" en relación con los programas no basados en DET y las situaciones en las que la pesca de camarón con redes de arrastre no plantea una amenaza de captura accidental de tortugas marinas. Recordamos que los Estados Unidos ofrecieron el ejemplo del Pakistán, país al que se había concedido una certificación sobre la base de un programa que combinaba la utilización de DET y una prohibición de pesca de camarón con redes de arrastre. Señalamos asimismo el ejemplo ofrecido por Australia, de la captura de camarón en el Golfo de Spencer. Los Estados Unidos excluyeron el camarón procedente del Golfo de Spencer del ámbito de aplicación de la prohibición, basándose en la cláusula mencionada en el párrafo precedente, después de que Australia demostrase la presencia extremadamente reducida de tortugas marinas en esa pesquería.

5.101 Señalamos asimismo la declaración del representante de los Estados Unidos en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial, en el sentido de que "no hay ningún elemento en el programa de Malasia [...] que haría imposible que los Estados Unidos concedieran a Malasia un certificado de conformidad con el artículo 609".²³⁰ Observamos también que Malasia no ha solicitado una certificación sobre la base de su programa, que no incluye el empleo de DET.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Directrices Revisadas, página 36949; anexo al presente informe: párrafo 5 d).

²³⁰ Véase la respuesta de los Estados Unidos, nota de pie de página 105, *supra*.

5.102 Consideramos que tenemos pruebas de que los Estados Unidos han aplicado efectivamente las Directrices Revisadas de una manera que permite una "investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en [los] países exportadores" en relación con los programas no basados en DET y las situaciones en las que la pesca de camarón con redes de arrastre no plantea una amenaza de captura accidental de tortugas marinas.

5.103 Recordamos asimismo que Malasia alegó que los Estados Unidos, al imponer una norma de protección definida unilateralmente, violó el derecho soberano de Malasia de determinar su propia política de protección y conservación de las tortugas marinas. Tenemos conciencia del problema causado por el tipo de medida aplicada por los Estados Unidos para procurar sus objetivos de política ambiental. Recordamos que el Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece en parte lo siguiente:

"Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional."²³¹

No obstante, el Grupo Especial entiende que el Órgano de Apelación ha constatado que, si bien un Miembro de la OMC no puede imponer a los Miembros exportadores la aplicación de las mismas normas de protección ambiental que las que se aplica a sí mismo, ese Miembro puede legítimamente exigir, como condición del acceso de determinados productos a su mercado, que los países exportadores se comprometan a adoptar programas reglamentarios que se consideren comparables a los propios. En la actualidad, Malasia no tiene que cumplir los requisitos de los Estados Unidos porque no exporta a los Estados Unidos. Si Malasia exportase camarón a los Estados Unidos, ese país quedaría sujeto a requisitos que podrían distorsionar sus prioridades en lo que se refiere a la política ambiental. Tal como el artículo XX del GATT de 1994 ha sido interpretado por el Órgano de Apelación, el Acuerdo sobre la OMC no prevé ningún recurso para la situación en la que Malasia se encontraría en esas circunstancias. Aunque, a la luz de la interpretación del artículo XX hecha por el Órgano de Apelación, no podemos pronunciar una constatación favorable a Malasia sobre esta cuestión de la "soberanía", sin embargo consideramos que la cuestión de la "soberanía" planteada por Malasia es un argumento adicional en favor de la concertación de un acuerdo internacional destinado a proteger y conservar las tortugas marinas, que tendría en cuenta la situación de todas las partes interesadas.

5.104 Por consiguiente, concluimos que los Estados Unidos han establecido una presunción *prima facie* de que la medida de aplicación cumple las constataciones del Órgano de Apelación relativas a la insuficiente flexibilidad de las Directrices de 1996. Observamos también que Malasia no ha aportado pruebas suficientes para refutar esta presunción.

iii) *La prohibición de la importación de camarones capturados en países que no disponen de certificación, incluso cuando el camarón ha sido capturado mediante la utilización de DET*

5.105 En su informe, el Órgano de Apelación constató lo siguiente:

"165. Además, en el momento en que esta diferencia se sometió al Grupo Especial y al presente Órgano, los Estados Unidos no permitían las importaciones de camarones capturados por los arrastreros comerciales dedicados a la pesca del camarón que utilizaban DET comparables en eficacia a los exigidos en los Estados Unidos cuando esos camarones procedían de aguas de países que no habían recibido

²³¹ Véase también el inciso i) del párrafo 2.22 del Programa 21. El Órgano de Apelación hizo referencia a esos instrumentos internacionales en su informe (véase el párrafo 168).

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

5.106 Esta condición se aborda separadamente de la cuestión más amplia relativa a la falta de flexibilidad y consideración insuficiente de las condiciones prevalecientes en los países exportadores porque, a nuestro juicio, requiere una solución específica, mientras que las otras constataciones daban más facultades discrecionales a los Estados Unidos.

5.107 Observamos que, con arreglo a las Directrices Revisadas, la importación de camarón capturado por buques que utilicen DET está autorizada, aunque el país exportador no disponga de una certificación otorgada de conformidad con el artículo 609. Los Estados Unidos también han aportado pruebas de casos en los que las importaciones de camarón capturado mediante DET ha sido autorizada a pesar de que el país de origen no disponía de certificación.²³²

5.108 Malasia no cuestiona el hecho de que la importación de camarón capturado por buques que utilizan DET pueda ser autorizada, a pesar de que el país exportador no haya obtenido un certificado de conformidad con el artículo 609. Malasia alega que esta parte de las Directrices Revisadas ha sido considerada ilegal en una sentencia del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos (CIT).²³³ Malasia aduce que los Estados Unidos son responsables de las medidas adoptadas por todas sus ramas de gobierno, con inclusión de los tribunales, y hace referencia a la constatación del Órgano de Apelación que figura en el párrafo 173 de su informe.

5.109 Observamos en primer lugar que en su sentencia, el CIT, si bien resolvió que la interpretación del Departamento de Estado no era compatible con los términos del artículo 609, se abstuvo de dictar una orden de que el Departamento de Estado de los Estados Unidos modificase sus directrices. En consecuencia, el Grupo Especial considera que por ahora los Estados Unidos no tienen que modificar sus Directrices Revisadas. La decisión ha sido apelada ante el Tribunal de Apelación del Circuito Federal. A nuestra solicitud, los Estados Unidos confirmaron que el Tribunal de Apelación podría exigir que las Directrices Revisadas se modifiquen de conformidad con la interpretación del artículo 609 realizada por el CIT. No obstante, hasta que el Tribunal de Apelación adopte una decisión, las Directrices Revisadas siguen siendo aplicables. Además, no es probable que se adopte

²³² Los Estados Unidos dieron los ejemplos de Australia y el Brasil. Las exportaciones de los caladeros de camarón del norte del Brasil fueron autorizados a pesar de que ese país no reúne los requisitos para obtener la certificación debido a la falta de utilización de DET en las pesquerías del sur del Brasil. La importación de camarón capturado en la pesquería septentrional de camarón de Australia también ha sido autorizada porque el empleo de dispositivos excluidores de tortugas ha sido obligatorio desde abril de 2000, a pesar de que Australia no goza de certificación debido a la falta de utilización de DET en otras pesquerías.

²³³ Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos (CIT): *Turtle Island Restoration Network et al. v. Robert L. Mallett et al.*, 19 de julio de 2000, 2000 WL 1024797 (CIT).

ninguna decisión durante varios meses y no cabe excluir una apelación ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Como recordó el Órgano de Apelación²³⁴, no corresponde que este Grupo Especial interprete la legislación interna, que habremos de considerar como un hecho. Aunque no cabe excluir la posibilidad de que las Directrices Revisadas se modifiquen²³⁵, la situación planteada ante este Grupo Especial en este momento es la prevista en las Directrices Revisadas, que en este aspecto no son impugnadas por Malasia.

5.110 En segundo lugar, no consideramos que Malasia se haya referido adecuadamente a la constatación del Órgano de Apelación que figura en el párrafo 173. Cabe suponer que los Estados actúan de buena fe y en conformidad con sus obligaciones internacionales. El propio CIT no exigió que se modificasen las Directrices Revisadas. No hay razón alguna para considerar que esta situación *se modificará* inevitablemente en el futuro próximo.

5.111 Por lo tanto, consideramos que los Estados Unidos, al modificar sus directrices y al adaptar su práctica a fin de permitir la importación de camarón capturado mediante DET procedente de países que no gozan de certificación cumple, mientras esta situación permanezca invariable, las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta materia. No consideramos que Malasia haya presentado pruebas suficientes para refutar la presunción *prima facie* establecida por los Estados Unidos a este respecto.

iv) *Plazo para la adaptación gradual*

5.112 El Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos habían discriminado entre los distintos países exportadores en lo relativo al período concedido para la adaptación gradual:

"173. La aplicación del artículo 609, por medio de las directrices de ejecución, junto con la práctica administrativa, también trajo consigo diferencias en el trato otorgado a los distintos países solicitantes de certificado. Con arreglo a las Directrices de 1991 y 1993, para poder obtener el certificado, 14 países de la región del Gran Caribe/Atlántico Occidental tuvieron que comprometerse a exigir a partir del 1º de mayo de 1994 la utilización de DET en todas las embarcaciones comerciales dedicadas a la pesca de camarón con redes de arrastre. Esos 14 países dispusieron de un período de "adaptación gradual", durante el cual sus respectivos sectores de pesca de camarón con redes de arrastre pudieron ajustarse al requisito de utilizar DET. En lo que respecta a todos los demás países que exportan camarón a los Estados Unidos (incluidos los apelados, la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia), el 29 de diciembre de 1995, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos dio instrucciones al Departamento de Estado para que aplicara la prohibición de las importaciones sobre una base mundial a más tardar el 1º de mayo de 1996.²³⁶ El 19 de abril de 1996, el Departamento de Estado publicó las Directrices de 1996 en virtud de las cuales a partir del 1º de mayo de 1996 el artículo 609 pasaba a aplicarse al camarón capturado en *todos* los países extranjeros. Así pues, todos los países, exceptuados los 14 países de la región del Gran Caribe/Atlántico Occidental, sólo dispusieron de cuatro meses para cumplir el requisito que imponía la utilización obligatoria de DET. [...]

²³⁴ Véase *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS50/AB/R, párrafos 65 a 68.

²³⁵ Las propias Directrices Revisadas mencionan la posibilidad de que puedan revisarse como resultado de los litigios internos pendientes (véase página 36951; anexo al presente informe, párrafo 24).

²³⁶ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 913 F. Supp. 559 (CIT 1995).

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

5.113 Con respecto a esta cuestión, los Estados Unidos alegan que la diferencia en los períodos de adaptación gradual ha sido corregida por el paso del tiempo y que Malasia dispuso de más de cuatro años entre la primera decisión de un tribunal estadounidense y el vencimiento del plazo prudencial para adoptar un programa basado en DET u otros programas comparables. Malasia sostiene en general que los Estados Unidos debían haber dejado sin efecto su prohibición de importaciones mientras entablaban negociaciones destinadas a proteger y conservar las tortugas marinas.

5.114 En nuestra opinión, esta constatación del Órgano de Apelación se tiene que considerar en el contexto en que se formuló, es decir, el de la evaluación de si existía una discriminación injustificable en ese momento. Coincidimos con los Estados Unidos en que este país no puede viajar hacia atrás en el tiempo para conceder a Malasia el mismo período de adaptación que concedió a los países de la región del Caribe/Atlántico Occidental. Interpretar las constataciones del Órgano de Apelación en el sentido de que exigen tal cosa equivaldría a hacer que en el caso que nos ocupa todo cumplimiento fuera imposible. En cambio, creemos que la cuestión que sigue siendo pertinente es que, al prever un período de adaptación gradual más breve para los reclamantes, los Estados Unidos hicieron que todo intento de cumplir fuera más gravoso en lo que se refiere a los "costos administrativos y financieros" y a las dificultades para que los gobiernos organizaran y pusieran en marcha los programas reglamentarios necesarios y "un sistema creíble de observancia".

5.115 Observamos que Malasia aún no ha tratado de obtener la certificación. Por consiguiente, es imposible determinar si se le ha ocasionado algún importante costo particular a este respecto. Esto por sí mismo no debería ser un motivo para llegar a la conclusión de que los Estados Unidos han cumplido sus obligaciones en esta materia. Sin embargo, existen elementos que deberían permitirnos evaluar si Malasia hubiera efectivamente tenido que contraer esos gastos. Más especialmente, observamos que Malasia alega que tiene un programa global de protección y conservación de las tortugas marinas y que los expertos científicos consultados por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto también hicieron referencia a los esfuerzos de Malasia en materia de

conservación de las tortugas marinas.²³⁷ Recordamos que los Estados Unidos declararon que no había en el programa de Malasia ningún elemento que impidiera que los Estados Unidos otorgaran a Malasia un certificado de conformidad con el artículo 609. A este respecto, hemos señalado las modificaciones introducidas en las Directrices Revisadas, que permiten que las autoridades estadounidenses tomen en consideración algunos programas que no prevén el empleo obligatorio de DET. Por lo tanto, consideramos que si Malasia hubiera solicitado la certificación, no existen pruebas de que habría debido realizar algunos de los gastos que el Órgano de Apelación señaló como la principal cuestión en la diferencia de los períodos de adaptación gradual entre los reclamantes en el caso original y los países del Caribe/Atlántico Occidental.

5.116 Por consiguiente, concluimos que, por las razones antes mencionadas, los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que su práctica tuvo en cuenta las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto al período de adaptación gradual. Observamos asimismo que Malasia no presentó pruebas suficientes para refutar esta presunción *prima facie*.

v) *Transferencia de tecnología*

5.117 Sobre la cuestión de la transferencia de tecnología, el Órgano de Apelación constató lo siguiente:

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

5.118 Los Estados Unidos alegan que han ofrecido reiteradamente asistencia técnica y capacitación para el diseño, construcción, instalación y funcionamiento de DET a todo gobierno que lo solicitara. Los Estados Unidos han prestado asistencia técnica y capacitación a diversos gobiernos y otras organizaciones de la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. El Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos (NMFS) presentó un documento sobre los DET y la transferencia de tecnología en el simposio realizado en Sabah en julio de 1999. Funcionarios estadounidenses prestaron asistencia al Gobierno de Bahrein y llevaron a cabo actividades de capacitación y talleres en el Pakistán (enero de 2000) y Australia (julio de 2000). En abril de 2000, el NMFS acogió una sesión de capacitación sobre DET destinada a expertos técnicos del Centro de Desarrollo Pesquero del Asia Sudoriental. Malasia sostiene que el ofrecimiento estadounidense de asistencia técnica careció de importancia en razón de la eficiencia de su propio programa de conservación.

²³⁷ Véase el párrafo 3.162 *supra* y el informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, Anexo IV, Transcripción de la reunión con los expertos, declaración del Dr. Eckert, páginas 431 y 432.

5.119 Observamos que en el informe del Órgano de Apelación se establece un vínculo entre el período de adaptación gradual y la transferencia de tecnología: cuanto más largo fuese el primero, más elevado sería el nivel posible de esfuerzos en materia de transferencia de tecnología. Los Estados Unidos transfirieron tecnología de varias formas ya desde de julio de 1999 (simposio de Sabah), prestando asistencia a Bahrein y el Pakistán e impartiendo capacitación en Australia. Observamos que estos países han obtenido después certificados o autorización para exportar una parte de su producción a los Estados Unidos. El Grupo Especial observa que no hubo discriminación con respecto a Malasia porque este país no solicitó ninguna transferencia de tecnología.

5.120 Por lo tanto, concluimos que, por las razones antes mencionadas, los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que su práctica tuvo en cuenta las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto a la transferencia de tecnología. Observamos asimismo que Malasia no aportó pruebas suficientes para refutar esta presunción *prima facie*.

b) Alegaciones relativas a la "discriminación arbitraria"

i) *Falta de flexibilidad*

5.121 El Órgano de Apelación constató que:

"[...] Como ya hemos observado, el artículo 609, en su aplicación, impone una prescripción única, rígida e inflexible por la cual los países que solicitan la certificación prevista en el artículo 609 b) 2) A) y B) deben adoptar un programa reglamentario integral que sea esencialmente el mismo que el programa estadounidense, sin investigar si tal programa es apropiado a las condiciones que prevalecen en los países exportadores. [Se omite la nota de pie de página.] Además los funcionarios que formulan la determinación selectiva a la certificación en cumplimiento de esas disposiciones proceden con poca o ninguna flexibilidad. [Se omite la nota de pie de página.] A nuestro juicio esta rigidez e inflexibilidad también constituye una "discriminación arbitraria" en el sentido del preámbulo."²³⁸

5.122 Ya hemos abordado la cuestión de la rigidez e inflexibilidad de las Directrices de 1996 y de las prácticas administrativas de esa época en relación con la determinación de la "discriminación injustificable". A partir del informe del Órgano de Apelación, entendemos que la causa de que la aplicación del artículo 609 fuera considerada una "discriminación arbitraria" fue que:

- a) imponía un requisito único, rígido e inflexible, de que los países que solicitan la certificación adopten un programa reglamentario global que es esencialmente el mismo que el programa de los Estados Unidos; y
- b) que este programa se impuso sin realizar una investigación para determinar si era apropiado a las condiciones prevalecientes en los países exportadores.

5.123 Ya hemos constatado que los Estados Unidos no exigen ahora que los programas de los países exportadores sean esencialmente los mismos que el programa estadounidense, y que los Estados Unidos reconocen que otros programas pueden resultar comparables.²³⁹ Malasia afirma que el requisito de un "programa comparable" constituye una injerencia en su derecho soberano de determinar su política ambiental. El Grupo Especial no interpreta que el informe del Órgano de

²³⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 177.

²³⁹ Véase, por ejemplo, Directrices Revisadas, páginas 36950 y 36951; anexo al presente informe, párrafos 15, 16 y 18, y la sección II.B. a) 2).

Apelación respalda la opinión de Malasia. A nuestro juicio, el Órgano de Apelación no cuestionó el derecho de los Estados Unidos de limitar las importaciones de camarón por motivos ambientales; es el requisito de que otros Miembros adopten esencialmente el mismo programa que el de los Estados Unidos lo que se constató que constituía una discriminación arbitraria porque no tenía en cuenta si dicho programa era apropiado para los países en cuestión.

5.124 Teniendo en cuenta el sentido corriente de la palabra "arbitrary" más apropiado en el contexto²⁴⁰ del preámbulo del artículo XX, es decir, "capricious, unpredictable, inconsistent" (caprichoso, imprevisible, ilógico)²⁴¹, observamos que, mediante la aplicación de las Directrices Revisadas, los Estados Unidos debían estar en una mejor posición para evitar las 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, 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 "objetivo" 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.

5.125 Concluimos que los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que la medida de aplicación cumple las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD. Observamos a este respecto que Malasia no presentó pruebas suficientes en contrario.

ii) *Debidas garantías procesales*

5.126 Con respecto a las debidas garantías procesales, el Órgano de Apelación constató, entre otras cosas, lo siguiente:

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

5.127 El Órgano de Apelación ha criticado la falta, en lo que respecta a cualquier tipo de certificación en virtud del artículo 609 b) 2), de un procedimiento de certificación transparente y previsible que sea seguido por los funcionarios competentes de los Estados Unidos. En particular, el Órgano de Apelación ha cuestionado:

- a) el carácter *ex parte* de las investigaciones y certificaciones;
- b) la falta de una oportunidad formal para que el país sometido a investigación sea oído o pueda responder a los argumentos que se formulen en su contra;

²⁴⁰ En esta frase, el término "contexto" no se utiliza en el sentido jurídico de ese término en la Convención de Viena, sino en su sentido más común.

²⁴¹ The New Shorter Oxford Dictionary (1993), página 107.

- c) la falta de una decisión formal escrita y fundada, sea de aceptación o de rechazo. En particular, los países cuya solicitud se ha rechazado no reciben notificación del rechazo; y
- d) la falta de un procedimiento de revisión o de apelación con respecto al rechazo de una solicitud.²⁴²

5.128 Los Estados Unidos alegan que han modificado sus Directrices para tener en cuenta estas constataciones del Órgano de Apelación. A fin de evaluar las modificaciones introducidas por los Estados Unidos, comparamos las constataciones del Órgano de Apelación con el texto de las Directrices Revisadas y la práctica administrativa en el marco de esas Directrices Revisadas.

5.129 En lo que respecta al carácter *ex parte* de las investigaciones y a la falta de una oportunidad formal para que el país sometido a investigación sea oído y pueda responder a los argumentos formulados en su contra en el marco de las Directrices de 1996, observamos que las Directrices Revisadas no sólo prevén visitas de los funcionarios estadounidenses a los países que soliciten la certificación con arreglo al artículo 609 b) 2) A) y B), sino también que:

"Cada visita concluirá con una reunión entre los funcionarios estadounidenses y los funcionarios gubernamentales de la nación pesquera en la que se estudiarán los resultados de la visita y se examinará cualquier deficiencia que se haya señalado en lo que se refiere al programa de la nación pesquera destinado a proteger las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre."²⁴³

5.130 Además, las Directrices Revisadas prevén dos evaluaciones del programa del país exportador a cargo del Departamento de Estado: una evaluación "preliminar" para el 15 de marzo de cada año, y una evaluación formal para el 1º de mayo de cada año. Las Directrices Revisadas establecen que, después de la evaluación "preliminar",

"Si el gobierno de la nación pesquera lo solicita, el Departamento de Estado organizará reuniones entre los funcionarios competentes de los Estados Unidos y los funcionarios de la nación pesquera para estudiar la situación."²⁴⁴

5.131 Por consiguiente, concluimos que las Directrices Revisadas tienen en cuenta las preocupaciones del Órgano de Apelación en lo que se refiere al carácter *ex parte* de la investigación y a la falta de una oportunidad formal para que el país sometido a investigación sea oído o responda a los argumentos formulados en su contra.

5.132 Con respecto a las constataciones del Órgano de Apelación y a la falta de una decisión escrita formal y fundada, sea de aceptación o de rechazo, observamos que las Directrices Revisadas establecen, con respecto a la evaluación "preliminar" que:

"Para el 15 de marzo, el Departamento de Estado notificará por escrito por conducto diplomático al gobierno de cada nación que, sobre la base de la información disponible, incluyendo la información obtenida durante [las visitas mencionadas en el párrafo 5.129 *supra*], no parezca cumplir los requisitos establecidos para la obtención de un certificado. En la notificación se explicarán las razones de esa decisión

²⁴² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 180.

²⁴³ Directrices Revisadas, página 36951; anexo al presente informe, párrafo 26.

²⁴⁴ Directrices Revisadas, página 36951; anexo al presente informe, párrafo 27.

preliminar, se sugerirán las medidas que el gobierno de la nación pesquera puede adoptar para obtener un certificado y se invitará al gobierno de la nación pesquera a presentar, para el 15 de abril, cualquier información adicional."²⁴⁵

y también que:

"Para el 1º de mayo de cada año, el Departamento de Estado decidirá formalmente sobre los certificados. Se notificará por escrito la decisión, rápidamente y por conducto diplomático, a los gobiernos de todas las naciones que hayan pedido un certificado. En el caso de las naciones a las que se haya denegado el certificado, en la notificación se expondrán de nuevo las razones de la negativa y las medidas necesarias para que obtengan un certificado en el futuro."²⁴⁶

5.133 Consideramos que estas disposiciones de las Directrices Revisadas abordan los problemas de notificación y exposición de razones señalados por el Órgano de Apelación.

5.134 Además, en lo que respecta a la falta de un procedimiento para la revisión o apelación del rechazo de una solicitud, observamos que las Directrices Revisadas establecen que:

"El gobierno de cualquier nación a la que se haya denegado un certificado para el 1º de mayo podrá pedir posteriormente, en cualquier momento, que se reconsidere esa decisión."²⁴⁷

A nuestra solicitud, los Estados Unidos confirmaron también que, con carácter general, en el sistema judicial de los Estados Unidos se puede obtener la revisión judicial de una decisión definitiva del Departamento de Estado de los Estados Unidos relativa al otorgamiento de un certificado a un país, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo.²⁴⁸ Por lo tanto, entendemos que las Directrices Revisadas, junto con la legislación pertinente de los Estados Unidos, tienen en cuenta las recomendaciones y resoluciones del OSD relativas al procedimiento de revisión y apelación.

5.135 Por último, los casos de aplicación efectiva de las Directrices Revisadas también tienden a demostrar que actualmente dichas Directrices cumplen las constataciones del Órgano de Apelación. La información facilitada por los Estados Unidos y Australia con respecto al trámite que llevó a los Estados Unidos a autorizar la importación de camarón capturado en las pesquerías del Golfo de Spencer y del norte de Australia muestran que, en esos casos concretos, los Estados Unidos parecen haber aplicado sus Directrices Revisadas en conformidad con el texto de las mismas. Observamos asimismo que Australia no menciona que en ningún momento se le haya privado de la posibilidad de comunicar sus opiniones a las autoridades investigadoras estadounidenses.

5.136 Por consiguiente, concluimos que las pruebas disponibles respaldan la opinión de que al parecer se han respetado hasta ahora las garantías del debido proceso.

c) Conclusión

5.137 Por lo tanto, concluimos que los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que el artículo 609 se aplica actualmente de una manera que ya no constituye un medio de discriminación

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Directrices Revisadas, página 36951; anexo al presente informe, párrafo 29.

²⁴⁷ Directrices Revisadas, página 36951; anexo al presente informe, párrafo 30.

²⁴⁸ 5 U.S.C. 701 y siguientes.

injustificable o arbitraria, según lo ha determinado en su informe el Órgano de Apelación. Observamos que Malasia no presentó pruebas suficientes en contrario.

5. Restricción encubierta al comercio internacional

5.138 El Grupo Especial observa que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD le encomienda examinar "la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". El hecho de que el Órgano de Apelación no tuviera que formular una constatación de que la medida original era una restricción encubierta al comercio no significa que la medida adoptada para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD no constituya una restricción encubierta al comercio. El Grupo Especial recuerda también que, en su calidad de parte que ha invocado el artículo XX, incumbe a los Estados Unidos la carga de probar que su medida de aplicación cumple *todas* las prescripciones pertinentes del preámbulo. Esto requiere que los Estados Unidos acrediten *prima facie* que la medida de aplicación no es una restricción encubierta al comercio.

5.139 Observamos en primer término que los Estados Unidos alegan que la medida de aplicación se adaptó minuciosamente para alcanzar un objetivo de conservación *bona fide*. Los Estados Unidos también han mencionado que dedicaron esfuerzos considerables a difundir en todo el mundo la tecnología de los DET, ayudando así a numerosos países a obtener la certificación con arreglo al artículo 609. Malasia sostiene que los Estados Unidos deben cumplir las tres condiciones del preámbulo del artículo XX, incluyendo la que dispone que la medida de aplicación no debe aplicarse de forma que constituya una restricción encubierta al comercio internacional.

5.140 El Grupo Especial observa que el hecho de que aparentemente una ley haya sido adaptada minuciosamente para lograr un objetivo de conservación *bona fide* no significa que, en su aplicación, dicha ley no constituya una restricción encubierta al comercio. Como ha subrayado el Órgano de Apelación:

"149. El objetivo de política de la medida en cuestión no puede establecer su base o justificación al amparo de las normas del preámbulo del artículo XX. [...] del hecho de que una medida entre en el ámbito del párrafo g) del artículo XX no se infiere que esa medida respete necesariamente los requisitos del preámbulo. Aceptar el argumento de los Estados Unidos supondría ignorar las normas establecidas por el preámbulo."

5.141 En segundo lugar, el Grupo Especial observa que, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación concluyó que:

"La cuestión fundamental ha de hallarse en el propósito y objeto de evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones a las normas sustantivas, que se prevén en el artículo XX."²⁴⁹

5.142 A juicio del Grupo Especial, habría un abuso del párrafo g) del artículo XX "si [el cumplimiento del párrafo g) del artículo XX] en la práctica se trata simplemente de un encubrimiento y si, so pretexto de la medida, lo que se quiere es restringir el comercio".²⁵⁰ Como señaló el Órgano

²⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina*, *op. cit.*, página 29.

²⁵⁰ Informe del Grupo Especial en *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, adoptado el 5 de abril de 2001, WT/DS135/R, párrafo 8.236. Esta constatación no fue revocada ni modificada por el Órgano de Apelación.

de Apelación en el asunto *Japón - Impuestos sobre las medidas alcohólicas*²⁵¹, la aplicación de una medida con fines de protección puede discernirse en la mayoría de las veces a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. Por lo tanto, procederemos a determinar si, aparte de la protección que resulta automáticamente de la imposición de una prohibición, el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora del artículo 609 juntamente con las Directrices Revisadas, tales como las aplican actualmente las autoridades de los Estados Unidos, demuestran que la medida de aplicación constituye una restricción encubierta al comercio internacional. Un examen del texto del artículo 609 y de las Directrices Revisadas no demuestra ningún elemento que señale en esa dirección.

5.143 No obstante, recordamos que ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, las partes abordaron la cuestión de si el artículo 609 se aplicaba de modo que constituía una restricción encubierta al comercio internacional. En primer lugar, el Grupo Especial recuerda que el asunto que dio lugar a la decisión del CIT que hizo extensivo el ámbito de aplicación del artículo 609 más allá de los Estados Unidos y los países del Caribe/Atlántico Occidental fue iniciado por grupos de defensa del medio ambiente.²⁵² Se señaló a la atención del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto la historia legislativa del artículo 609.²⁵³ El Grupo Especial observa que los pescadores estadounidenses que pescan camarón están sujetos a restricciones comparables a las impuestas a los pescadores de países exportadores, ya que tienen que utilizar DET en todo momento. Aunque es probable que cuando la aplicación del artículo 609 se hizo extensiva a todo el mundo, los pescadores estadounidenses fueron partidarios de una medida que imponía las mismas prescripciones a los pescadores extranjeros, probablemente obtuvieron escasas ventajas comerciales de la prohibición, ya que las Directrices Revisadas facilitaban la exportación de camarón a los Estados Unidos de conformidad con el artículo 609, en comparación con la situación existente en el marco de las Directrices de 1996. En rigor, los Estados Unidos han demostrado que la utilización obligatoria de DET en determinadas circunstancias ya no constituye una condición *sine qua non* para obtener la certificación si se aplican otros programas comparables. El Grupo Especial considera que, al permitir que los países exportadores apliquen programas no basados en la utilización obligatoria de DET y al ofrecer asistencia técnica para desarrollar la utilización de DET en terceros países, los Estados Unidos han demostrado que el artículo 609 no se aplica de manera que constituya una restricción encubierta al comercio.

5.144 Por consiguiente, el Grupo Especial concluye que la medida de aplicación no constituye una restricción encubierta al comercio internacional en el sentido del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994.

VI. CONCLUSIONES

6.1 A la luz de las constataciones precedentes, el Grupo Especial llega a las conclusiones siguientes:

- a) La medida adoptada por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD infringe el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.
- b) A la luz de las recomendaciones y resoluciones del OSD, el artículo 609 de la Public Law 101-162, tal como ha sido aplicado por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y según la aplicación realizada hasta la fecha por las autoridades de los

²⁵¹ Informe del Órgano de Apelación en *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8; DS10; DS11/AB/R, página 34.

²⁵² United States Court of International Trade: *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 913 Fed. Supp. 559, (CIT 1995).

²⁵³ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, párrafos 3.272; 3.278 y 3.281.

Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral.

6.2 El Grupo Especial observa que si cualquiera de las condiciones mencionadas en el apartado b) del párrafo 6.1 *supra* dejaran de satisfacerse en el futuro, las recomendaciones del OSD dejarían de cumplirse. Este Grupo Especial estima que, en tal caso, cualquiera de las partes reclamantes en el asunto inicial podrá estar autorizada para recurrir nuevamente al párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

VII. OBSERVACIONES FINALES

7.1 El Grupo Especial reafirma sus observaciones finales contenidas en el informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto:

"Consideramos que la mejor forma en que las partes en esta diferencia pueden contribuir de manera eficaz a la protección de las tortugas marinas en consonancia con los objetivos de la OMC, incluido el desarrollo sostenible, es la concertación de acuerdos de cooperación sobre estrategias integradas de conservación que abarquen, entre otras cosas, el diseño, la instalación y el empleo de DET teniendo al mismo tiempo en cuenta las condiciones específicas de las distintas zonas geográficas de que se trate."²⁵⁴

7.2 El Grupo Especial insta a Malasia y a los Estados Unidos a que cooperen plenamente a fin de concluir tan pronto como sea posible un acuerdo que permita la protección y conservación de las tortugas marinas de forma que se satisfagan todos los intereses involucrados y teniendo en cuenta el principio de que los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas en la conservación y protección del medio ambiente.²⁵⁵

²⁵⁴ Informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, párrafo 9.1.

²⁵⁵ Principio 7 de la Declaración de Río.

ANEXO

Directrices Revisadas para la aplicación del artículo 609, 8 de julio de 1999²⁵⁶

1. Para mayor claridad, a continuación se transcriben las Directrices de 28 de agosto de 1998, con las modificaciones introducidas para reflejar los cambios propuestos en el aviso publicado en el *Federal Register* el 25 de marzo de 1999, así como las observaciones recibidas sobre esos cambios propuestos.

I. Presentación

A. EL PROGRAMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

2. Como las decisiones sobre los certificados adoptadas con arreglo al artículo 609(b)(2)(A) y (B) se basan en la comparabilidad con el programa de los Estados Unidos que reglamenta la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón, a continuación se explican los diferentes elementos de ese programa. El programa de los Estados Unidos exige que los buques arrastreros comerciales que se dedican a la pesca de camarón utilicen DET aprobados de conformidad con las normas establecidas por el Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS), en las zonas y en los momentos en que es probable que se atrapen tortugas marinas. La finalidad de ese programa es proteger las poblaciones de tortugas marinas contra un nuevo descenso reduciendo la mortalidad accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre.

3. En los Estados Unidos, la pesca comercial de camarón con redes de arrastre en la que hay probabilidades de atrapar tortugas marinas tiene lugar en las aguas templadas del Golfo de México y de la zona del Océano Atlántico comprendida entre Carolina del Norte y Texas. Con muy pocas excepciones, todos los barcos de los Estados Unidos que se dediquen a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre en esas aguas han de utilizar, en todo momento y en todas las zonas, DET aprobados. Las únicas excepciones a esta prescripción son las siguientes:

- a) Los barcos provistos exclusivamente de redes de alas, salabardos y redes de cabeza empujadora utilizadas durante ciertos tiempos de arrastre restringidos no están obligados a utilizar DET porque sus operaciones no crean una amenaza para las tortugas marinas. Los barcos provistos de redes de arrastre de vara provistas de barras y/o de rodillos provistas de barras no están obligados a utilizar DET. Las redes de ensayo individuales (con una relinga superior de menos de 12 pies y una relinga inferior de menos de 15 pies) no necesitan utilizar DET.
- b) Los barcos cuyas redes se recogen exclusivamente por medios manuales en vez de mecánicos no están obligados a utilizar DET porque la falta de un sistema de recogida mecánica hace necesariamente que los tiempos de arrastres sean cortos, con lo que no se crea una amenaza de muerte accidental por asfixia de las tortugas marinas. Esta exención se aplica solamente a los barcos que no tienen sistemas motorizados o mecánicos de recogida de las redes de arrastre.

²⁵⁶ Este Anexo contiene las *Revised Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162 Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Federal Register*, vol. 64, N° 130, 8 de julio de 1999, Public Notice 3086, páginas 36949 a 36952. Para facilitar la consulta, los párrafos de las Directrices Revisadas han sido numerados en el presente anexo.

- c) En circunstancias excepcionales, cuando el NMFS determine que la utilización de DET sería impracticable a causa de las condiciones ambientales especiales existentes, tales como la presencia de algas o de desechos, o que los DET serían ineficaces para proteger a las tortugas marinas en determinadas zonas, los barcos están autorizados a limitar los tiempos de arrastre en vez de utilizar DET. Tales excepciones se limitan generalmente a dos periodos de 30 días cada uno. En la práctica, el NMFS no ha autorizado tales excepciones mas que raras veces.

4. Con estas excepciones limitadas, todos los demás barcos que se dedican a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que operen en aguas sometidas a la jurisdicción de los Estados Unidos en las que haya probabilidades de atrapar tortugas marinas han de utilizar DET en todo momento. Para más información sobre el programa de los Estados Unidos que reglamenta la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre, véase 50 CFR 227.17 y 50 CFR 227.72(e).

B. CAMARONES PESCADOS DE MANERA INOCUA PARA LAS TORTUGAS MARINAS

5. El Departamento de Estado ha determinado que las prohibiciones de importación impuestas en virtud del artículo 609 no se aplican a los camarones pescados en las siguientes condiciones ni a los productos obtenidos de camarones pescados en las siguientes condiciones, ya que tal pesca no afecta negativamente a las especies de tortugas marinas:

- a) Los camarones procedentes de una instalación de acuicultura en la que pasan al menos 30 días en los estanques antes de ser capturados.
- b) Los camarones pescados por barcos arrastreros comerciales que utilizan DET de una efectividad comparable a los obligatorios en los Estados Unidos.
- c) Los camarones pescados exclusivamente con medios que no supongan la recogida de las redes de pesca por medios mecánicos, tales como tornos, poleas, aparejos u otros dispositivos que proporcionen una ventaja mecánica, o por barcos que utilicen un aparejo que, de conformidad con el régimen estadounidense descrito más arriba, no obligue al uso de DET.
- d) Los camarones pescados de cualquier otra manera o en cualesquiera otras circunstancias que el Departamento de Estado determine, después de celebrar consultas con el NMFS, que no representan una amenaza de captura accidental de tortugas marinas. El Departamento de Estado publicará todas esas determinaciones en el *Federal Register* y las notificará directamente a los gobiernos extranjeros afectados y a las demás partes interesadas.

C. DECLARACIÓN DEL EXPORTADOR/IMPORTADOR

6. El requisito de que todas las expediciones de camarones y productos del camarón importados en los Estados Unidos han de ir acompañadas de una declaración (DSP-121, revisada) entró en vigor el 1º de mayo de 1996 y continúa en vigor. La declaración DSP-121 acredita que los camarones que acompañen a la declaración han sido pescados, bien en condiciones que no afecten negativamente a las tortugas marinas (según se define más arriba), bien en aguas sometidas a la jurisdicción de una nación que en ese momento esté en posesión de un certificado expedido con arreglo al artículo 609. Todas las declaraciones habrán de ser firmadas por el exportador. La declaración ha de acompañar a la expedición en todas las etapas del proceso de exportación, incluyendo cualquier transformación del producto original y cualquier expedición por conducto de cualquier nación intermedia. Al igual que anteriormente, el Departamento de Estado proporcionará ejemplares de la declaración. Es plenamente aceptable la reproducción local de las declaraciones.

7. Continúa en vigor el requisito de que un funcionario público de la nación pesquera que en ese momento esté en posesión de un certificado expedido con arreglo al artículo 609 firme también la declaración DSP-121 declarando que los camarones que acompañan a la declaración se han pescado en condiciones que no afectan negativamente a las especies de tortugas marinas. Para evitar fraudes, el Departamento continuará realizando exámenes periódicos de los sistemas que tales gobiernos extranjeros han establecido para verificar las declaraciones hechas en el formulario DSP-121.

Fecha de exportación

8. Las prohibiciones de importación no se aplicarán a las expediciones de camarones y productos del camarón efectuadas en una fecha de exportación en la que la nación pesquera estuviera en posesión de un certificado expedido con arreglo al artículo 609.

País de origen

9. A los efectos de la aplicación del artículo 609, se considerará que el país de origen es el país en cuyas aguas se hayan pescado los camarones, tanto si el buque que haya realizado la pesca enarbola el pabellón de otra nación como si no lo enarbola.

E. EXAMEN DE LA INFORMACIÓN

10. El gobierno de cualquier nación pesquera podrá pedir que el Departamento de Estado, para adoptar decisiones de conformidad con el artículo 609, examine cualquier información sobre el entorno y las condiciones particulares en que se realiza la pesca de camarón en esa nación o en una región geográfica diferenciada de esa nación. Tal información podrá presentarse para demostrar, entre otras cosas:

- 1) que parte de los camarones destinados a la exportación de esa nación a los Estados Unidos se ha pescado en alguna de las condiciones que, según se indica más arriba, no afectan negativamente a las especies de tortugas marinas;
- 2) que el gobierno de esa nación ha adoptado un programa reglamentario aplicable a la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que sea comparable al programa de los Estados Unidos y, por consiguiente, que esa nación tiene derecho a obtener un certificado con arreglo al artículo 609(b)(2)(A) y (B), o
- 3) que el entorno en que se realiza la pesca en esa nación no representa una amenaza de captura accidental de tortugas marinas y, por consiguiente, que esa nación tiene derecho a obtener un certificado con arreglo al artículo 609(b)(2)(C).

11. Tal información deberá basarse en datos empíricos apoyados por estudios científicos objetivos de duración y alcance suficientes para proporcionar la información necesaria a fin de adoptar una determinación fiable. Además, la información presentada en apoyo de una petición de que se formule cualquier determinación de esa índole deberá incluir los datos biológicos de que se disponga sobre los recursos en cuestión e información operacional sobre las actividades de la flota pesquera que sean de importancia para determinar si es o no probable que el entorno pesquero de la nación pesquera cree una amenaza para las tortugas marinas. Los estudios destinados a demostrar el porcentaje de capturas accidentales de tortugas marinas en el curso de unas operaciones de pesca de camarón dadas deberán contener, como mínimo, datos relativos a la totalidad de una campaña pesquera. Cuando se solicite, los Estados Unidos examinarán un estudio proyectado o realizado sobre el tamaño de la muestra, la metodología científica y otros factores que determinen si tal estudio

constituye una base suficiente para formular una determinación fiable, y harán observaciones al respecto.

12. El Departamento examinará a fondo y tendrá en cuenta toda esa información y, en consulta con el NMFS, responderá por escrito al gobierno de la nación pesquera dentro de los 120 días siguientes a la fecha en que se haya recibido la información.

13. El Departamento, en consulta con el NMFS, tomará también en consideración la información que sobre las mismas cuestiones pueda obtenerse de otras fuentes, incluyendo, aunque sin limitarse a ellas, las organizaciones académicas y científicas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales que tengan conocimientos especializados reconocidos sobre la materia.

II. DIRECTRICES PARA ADOPTAR LAS DECISIONES SOBRE LOS CERTIFICADOS

A. CERTIFICADOS EXPEDIDOS CON ARREGLO AL ARTÍCULO 609(B)(2)(C)

14. El artículo 609(b)(2)(C) autoriza al Departamento de Estado a expedir un certificado a una nación pesquera si el entorno pesquero particular de esa nación pesquera no representa una amenaza de captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre. En consecuencia, el Departamento expedirá un certificado a toda nación pesquera que cumpla los siguientes criterios, sin necesidad de que el gobierno de esa nación adopte ninguna medida:

- a) toda nación pesquera en cuyas aguas jurisdiccionales no viva ninguna de las especies de tortugas marinas en cuestión;
- b) toda nación pesquera que pesque camarón exclusivamente con medios que no representen ninguna amenaza para las tortugas marinas, por ejemplo las naciones que pesquen camarón exclusivamente con medios artesanales;
- c) toda nación cuyas operaciones de pesca comercial de camarón con redes de arrastre tengan lugar exclusivamente en aguas sometidas a su jurisdicción en las que no vivan tortugas marinas.

B. CERTIFICADOS EXPEDIDOS CON ARREGLO AL ARTÍCULO 609(B)(2)(A) Y (B)

15. Conforme al artículo 609(b)(2), el Departamento de Estado expedirá, antes del 1º de mayo de cada año, un certificado a toda otra nación pesquera si "el gobierno de ese país ha presentado pruebas documentales de la adopción de un programa reglamentario que regule la captura accidental de tortugas marinas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que sea comparable al de los Estados Unidos" y en caso de que "la tasa media de capturas accidentales de ese tipo por barcos del país pesquero sea comparable a la tasa media de capturas accidentales de tortugas marinas por barcos de los Estados Unidos en el curso de la pesca a que se hace referencia".

a) Programa reglamentario

16. El Departamento de Estado evaluará la comparabilidad de los programas reglamentarios, según se describan en cualquier prueba documental presentada por los gobiernos de las naciones pesqueras, con el programa de los Estados Unidos.

17. Cuando se utilizan redes de arrastre provistas de puertas de tipo normal para la pesca de camarón en aguas en las que hay tortugas marinas, es inevitable que se capturen tortugas marinas, y que éstas mueran por asfixia. El Departamento de Estado sabe actualmente que no hay ninguna

medida o serie de medidas que puedan minimizar la captura y la muerte por asfixia de tortugas marinas en tales redes cuya eficacia sea comparable a la de la utilización obligatoria de DET.

1) Si el gobierno de una nación pesquera solicita un certificado basándose en que ha adoptado un programa de DET, se expedirá ese certificado si el programa incluye lo siguiente:

i) *Utilización obligatoria de DET*

18. La obligación de que todos los barcos dedicados a la pesca comercial de camarón con redes de arrastre que operen en aguas en las que existe la posibilidad de atrapar tortugas marinas utilicen en todo momento DET. Los DET habrán de tener una eficacia comparable a la de los utilizados en los Estados Unidos. Las excepciones a este requisito deberán ser comparables a las del programa de los Estados Unidos descrito más arriba, y

ii) *Observancia*

19. Un sistema creíble de observancia que incluye la supervisión del cumplimiento y las sanciones oportunas.

2) Si el gobierno de una nación pesquera demuestra que ha puesto en práctica y está aplicando coercitivamente un programa reglamentario de eficacia comparable para proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre sin utilizar DET, esa nación también tendrá derecho a obtener un certificado. Como se indica más arriba, tal constatación ha de basarse en datos empíricos apoyados por estudios científicos objetivos de duración y alcance suficientes para proporcionar la información necesaria a fin de adoptar una determinación fiable. Al examinar esa información, el Departamento de Estado habrá de tener plenamente en cuenta cualesquiera diferencias que se haya demostrado que existen entre las condiciones en que se realiza la pesca de camarón en los Estados Unidos y las condiciones en que se realiza esa pesca en otras naciones, así como la información procedente de otras fuentes.

b) *Capturas accidentales*

20. Las tasas medias de captura accidental se considerarán comparables si la nación pesquera exige la utilización de DET de manera comparable a la del programa de los Estados Unidos o si, como se indica más arriba, demuestra de otro modo que ha puesto en práctica un programa de eficacia comparable para proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre sin utilización de DET.

c) *Consideraciones adicionales*

i) *Forma*

21. El programa reglamentario puede adoptar la forma de reglamento promulgado con fuerza de ley por el gobierno de la nación pesquera. Si el ordenamiento jurídico y la estructura del sector pesquero de la nación permiten que se concierten con carácter voluntario acuerdos entre el gobierno y el sector pesquero, tales acuerdos serán aceptables siempre que exista un mecanismo gubernamental para supervisar el cumplimiento del acuerdo y para imponer sanciones en caso de incumplimiento, y siempre que exista una confirmación fiable de que el sector pesquero está cumpliendo el acuerdo.

ii) *Pruebas documentales*

22. Las pruebas documentales pueden consistir en copias de las leyes, decretos o reglamentos pertinentes. Si el programa reglamentario adopta la forma de acuerdo entre el gobierno y el sector pesquero, habrá que presentar copia del acuerdo. Se alienta a las naciones pesqueras a que

proporcionen, en la medida de lo posible, información sobre la cantidad de camarones obtenidos por medio de la acuicultura.

iii) Medidas adicionales de protección de las tortugas marinas

23. El Departamento de Estado reconoce que hay que proteger a las tortugas marinas durante la totalidad de sus ciclos biológicos y no sólo cuando están amenazadas en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre. Al formular determinaciones sobre los certificados, el Departamento tendrá también plenamente en cuenta las demás medidas que la nación pesquera adopte para proteger a las tortugas marinas, entre ellas los programas nacionales de protección de las playas donde se realiza la puesta de huevos y otros hábitat, la prohibición de la captura directa de tortugas marinas, la existencia de programas nacionales de observancia y cumplimiento de la ley y la participación en acuerdos internacionales para la protección y conservación de las tortugas marinas. Al evaluar cualquier información proporcionada a este respecto por los gobiernos de las naciones pesqueras, el Departamento de Estado se basará en los conocimientos técnicos especializados del NMFS y, cuando proceda, del Servicio de Pesca y Fauna Silvestres de los Estados Unidos para juzgar las amenazas existentes a las tortugas marinas y la eficacia de los programas de protección de las tortugas marinas.

iv) Consultas

24. El Departamento de Estado celebrará consultas permanentes con los gobiernos de las naciones pesqueras. El Departamento reconoce que, a medida que se desarrollen los programas de protección de las tortugas marinas, se obtendrá más información sobre la interacción entre las poblaciones de tortugas marinas y la pesca de camarón. Estas Directrices podrán revisarse en el futuro para tener en cuenta esta y otra información, así como los cambios introducidos en el programa de los Estados Unidos. Estas Directrices podrán también revisarse como resultado de los litigios internos pendientes. Además, el Departamento seguirá acogiendo con beneplácito las aportaciones del público sobre la forma óptima de poner en práctica tanto estas Directrices como el artículo 609 en su conjunto y podrá revisar en consecuencia estas Directrices en el futuro.

C. CALENDARIO Y PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES SOBRE LOS CERTIFICADOS

25. Cada año, el Departamento considerará, a los efectos de la certificación, la situación de: a) toda nación que esté en ese momento en posesión de un certificado y b) toda otra nación que pesque camarones y cuyo gobierno solicite tal certificado mediante comunicación escrita enviada al Departamento de Estado por conducto diplomático antes del 1º de septiembre del año anterior. Toda comunicación de esa índole deberá incluir cualquier información no proporcionada anteriormente que apoye la solicitud de certificado, incluyendo la información indicada más arriba en relación con el examen de la información.

26. Entre el 1º de septiembre y el 1º de marzo, los funcionarios estadounidenses competentes tratarán de visitar las naciones que soliciten certificados con arreglo al artículo 609(b)(2)(A) y (B). Cada visita concluirá con una reunión entre los funcionarios estadounidenses y los funcionarios gubernamentales de la nación pesquera en la que se estudiarán los resultados de la visita y se examinará cualquier deficiencia que se haya señalado en lo que se refiere al programa de la nación pesquera destinado a proteger las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre.

27. Para el 15 de marzo, el Departamento de Estado notificará por escrito por conducto diplomático al gobierno de cada nación que, sobre la base de la información disponible, incluyendo la información obtenida durante esas visitas, no parezca cumplir los requisitos establecidos para la obtención de un certificado. En la notificación se explicarán las razones de esa decisión preliminar, se

sugerirán las medidas que el gobierno de la nación pesquera puede adoptar para obtener un certificado y se invitará al gobierno de la nación pesquera a presentar, para el 15 de abril, cualquier información adicional. Si el gobierno de la nación pesquera lo solicita, el Departamento de Estado organizará reuniones entre los funcionarios competentes de los Estados Unidos y los funcionarios de la nación pesquera para estudiar la situación.

28. Entre el 15 de marzo y el 1º de mayo, el Departamento de Estado estudiará activamente cualquier información adicional que el gobierno de la nación pesquera crea que el Departamento debe tener en cuenta para formular su determinación sobre el certificado.

29. Para el 1º de mayo de cada año, el Departamento de Estado decidirá formalmente sobre los certificados. Se notificará por escrito la decisión, rápidamente y por conducto diplomático, a los gobiernos de todas las naciones que hayan pedido un certificado. En el caso de las naciones a las que se haya denegado el certificado, en la notificación se expondrán de nuevo las razones de la negativa y las medidas necesarias para que obtengan un certificado en el futuro.

30. El gobierno de cualquier nación a la que se haya denegado un certificado para el 1º de mayo podrá pedir posteriormente, en cualquier momento, que se reconsidere esa decisión. Cuando los Estados Unidos reciban de ese gobierno información que demuestre que se han corregido las circunstancias que llevaron a la denegación del certificado, los funcionarios estadounidenses competentes visitarán la nación exportadora tan pronto como se pueda organizar una visita. Si la visita demuestra que de hecho se han corregido las circunstancias que llevaron a la denegación del certificado, los Estados Unidos expedirán inmediatamente un certificado a esa nación.

D. CALENDARIO ESPECIAL PARA 1999

31. Los Estados Unidos y las cuatro naciones que presentaron la reclamación en la OMC han acordado que los Estados Unidos apliquen las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro de los 13 meses siguientes a la adopción del informe del Órgano de Apelación de la OMC por el OSD, es decir, para el 6 de diciembre de 1999.

32. En consecuencia, el Departamento de Estado establece por la presente el siguiente calendario, que se aplicará en 1999 solamente.

33. Después de la fecha de publicación de las Directrices Revisadas, el gobierno de toda nación pesquera a la que se haya denegado un certificado para el 1º de mayo de 1999 podrá pedir, mediante comunicación escrita dirigida al Departamento de Estado por conducto diplomático antes del 1º de septiembre de 1999, que se le expida un certificado de conformidad con estas Directrices.

34. A más tardar el 15 de octubre de 1999, los funcionarios estadounidenses competentes tratarán de visitar las naciones que hayan solicitado tales certificados. Cada visita concluirá con una reunión entre los funcionarios estadounidenses y los funcionarios gubernamentales de la nación pesquera en la que se estudiarán los resultados de la visita y se examinará cualquier deficiencia que se haya señalado en lo que se refiere al programa de la nación pesquera destinado a proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre.

35. Para el 1º de noviembre de 1999, el Departamento de Estado enviará por conducto diplomático una notificación escrita al gobierno de toda nación que, sobre la base de la información disponible, incluyendo la información obtenida durante tales visitas, no parezca cumplir los requisitos establecidos para la obtención de un certificado. En la notificación se explicarán las razones de esa decisión preliminar, se sugerirán las medidas que el gobierno de la nación pesquera puede adoptar para obtener un certificado y se invitará al gobierno de la nación pesquera a presentar, para el 15 de noviembre de 1999, cualquier información adicional.

36. Entre el 15 de noviembre y el 6 de diciembre de 1999, el Departamento de Estado estudiará activamente cualquier información adicional que el gobierno de la nación pesquera crea que el Departamento debe tener en cuenta para formular su determinación sobre el certificado.

37. Para el 6 de diciembre de 1999, el Departamento de Estado decidirá formalmente sobre los certificados. Se notificará por escrito la decisión, rápidamente y por conducto diplomático, a los gobiernos de todas las naciones que hayan pedido un certificado con arreglo al calendario especial para 1999. En el caso de las naciones a las que se haya denegado el certificado, en la notificación se expondrán de nuevo las razones de la negativa y las medidas necesarias para que obtengan un certificado en el futuro.

38. El gobierno de cualquier nación a la que se haya denegado un certificado para el 6 de diciembre de 1999 podrá posteriormente, en cualquier momento, pedir que se reconsidere esa decisión. Cuando los Estados Unidos reciban de ese gobierno información que demuestre que se han corregido las circunstancias que llevaron a la denegación del certificado, los funcionarios estadounidenses competentes visitarán la nación exportadora tan pronto como se pueda organizar una visita. Si la visita demuestra que de hecho se han corregido las circunstancias que llevaron a la denegación del certificado, los Estados Unidos expedirán inmediatamente un certificado a esa nación.

39. El Departamento de Estado reconoce que un gobierno que solicite un certificado sobre la base de las Directrices Revisadas puede, para el 1º de septiembre de 1999, no estar en condiciones de reunir la información necesaria para apoyar tal petición. Para resolver ese problema y con arreglo a su práctica actual, el Departamento aceptará las solicitudes de certificados en cualquier momento en 1999 y las tramitará lo más rápidamente posible. Sin embargo, el Departamento sólo puede comprometerse a formular para el 6 de diciembre de 1999 una determinación sobre la expedición del certificado si ha recibido la información necesaria para el 1º de septiembre de 1999.

E. DETERMINACIONES CONEXAS

40. Como se ha señalado más arriba, toda nación pesquera que no esté en posesión de un certificado al 1º de mayo de un año dado podrá obtenerlo antes del 1º de mayo siguiente en el momento en que cumpla los criterios necesarios para la obtención del certificado. A la inversa, en el caso de toda nación pesquera que esté en posesión de un certificado al 1º de mayo de un año dado, se podrá revocar el certificado antes del 1º de mayo siguiente en el momento en que la nación pesquera deje de cumplir esos criterios.

41. Estas Directrices, dado que están relacionadas con funciones concernientes a las relaciones exteriores, están exentas de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre el aviso previo, la formulación de observaciones y el plazo para la entrada en vigor. Esta medida está exenta de la Orden Ejecutiva 12866 y no está sometida a las prescripciones de la Ley sobre la Flexibilidad en la Reglamentación.

Fecha: 29 de junio de 1999.

Stuart E. Eizenstat,

Subsecretario de Estado para Asuntos Económicos, Empresariales y Agrícolas

[FR Doc. 99-17330 Filed 7-7-99; 8:45 am]

BILLING CODE 4710-09-U
