

**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

ÍNDICE

Página

I.

	<i>b) Resolución del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos.....</i>	<i>44</i>
	<i>c) Asistencia técnica.....</i>	<i>46</i>
	<i>d) Período de Introducción gradual.....</i>	<i>49</i>
	c) Discriminación arbitraria.....	49
	a) <i>Falta de flexibilidad.....</i>	<i>49</i>
	b) <i>Debidas garantías de procedimiento</i>	<i>52</i>
	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.	CONSTATAACIONES.....	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>	<i>88</i>

I. INTRODUCCIÓN

A.

son animales muy migratorios, que utilizan solamente durante parte del año o de sus ciclos biológicos

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

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

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*

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 condi61(Ese4.348

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)

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

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 L 4dC0"come Solución de

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 Tc 1.6476 T Twa3.375 gdos Unconcesión 1si ae

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

el Órgano de Apelación para cumplir los criterios relativos a la "discriminación injustificable" y "discriminación arb89

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

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.

- 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.

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

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 contribuyeran 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, entablado 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

3.79

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

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

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 rlas tortugas

.371 lcci e la e celdel Ct ener sela tortción y ordenación de las)6 -25.5 TD 0.0038 Tc 0 Tw (e) Tj 36

- 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 tendentes a una acción destinada a la conservación y protección de las tortugas marinas.

"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

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

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"

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 de los aspectos a.25 D /F3 11.resya observa6.5 .25 .25 , aspon

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

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 consd5 Tw (ue, en)eeranía, esas cuestiones

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

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.

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

- 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.

3.174

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 del año siguiente las medidas que se tomen (obtenidas de) Tj T*806.26

IV. RESUMEN DE LAS COMUNICACIONES DE TERCEROS^{d24}

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

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

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

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

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

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

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

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

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 mn oespeestiaa la cresunaiaaormilasa dor el upo Especial eobre els es ferdos dreliazads

*importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India.*¹³²

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).

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

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

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

4.101 En segundo lugar, Tailandia piensa que los Estados Unidos siguen aplicando la prohibición

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.7 a)~~ de las Directrices Revisadas, que indican que el Departamento de Estado "sabe [...] que no hay ninguna medida o serie de medidas que puedan

Boe

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 91X*.

("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

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.

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

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

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 (5.28) Tj 18.75 e ustificab11 11.25ova evaluación de la misma medida a la

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*

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*

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

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

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

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

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

²⁵⁴ 1

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

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 a la de Apela24n acuerd1

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

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

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 marinas desliació708n sios undla363a15 TD n de g-0.13Especial

Órgano d07nidos ha482e los T*urgro ea, -12 os s667 la"dosecho"ecifi1iiióaal Gresquun366 Tc On e2 73

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

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 artículo XX no garantiza que si la medida de aplicación no 6 7.25 .972 5 Tc 0.4891 TFfs63n no6.8-12

s r e f i q e r

e r e c " c s e p

"eficacia

práctica efectiva de las autoridades estadounidenses. A este respecto, los Estados Unidos señalaron a

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

m la aplicac " el derw (en"nstantrmbargoarios quetal. Recac i (m la aplicac " el derw (en"(arrastredida relación)8Tj 7

174. La duración del período de "adaptación gradual" no deja de tener su importancia para los países exportadores que deseen recibir un certificado.

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

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

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." 240 TD/F1 11.ncluyendoeea2. el preámbulo." 24h TDgque el 3ed,p1 51ii blecidas por e.1381 Tnea2. e11.9s.1381 Tnea2. e11.9s.132T* - Tedi

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.

Estados Unidos, es el indicado 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* dejara 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 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 principio de que los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas en la conservación y protección del medio ambiente.²⁵⁵

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 A)5 TD /33. Tc 0 Tw 256

- 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.

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

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

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.

