

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS58/AB/RW
22 de octubre de 2001

(01-5166)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - PROHIBICIÓN DE LAS IMPORTACIONES DE DETERMINADOS CAMARONES Y PRODUCTOS DEL CAMARÓN RECURSO DE MALASIA AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

AB-2001-4

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Argumentos de los participantes y los terceros participantes	5
A. <i>Alegaciones de error formuladas por Malasia - Apelante</i>	5
1. Mandato	5
2. El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994	7
B. <i>Argumentos de los Estados Unidos - Apelado</i>	10
1. Mandato	10
2. El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994	11
C. <i>Argumentos de los terceros participantes</i>	14
1. Australia	14
2. Comunidades Europeas	16
3. Hong Kong, China	18
4. India	18
5. Japón	19
6. México	20
7. Tailandia	21
III. Cuestión preliminar de procedimiento	21
IV. Cuestiones que se plantean en la presente apelación	22
V. Mandato	24
VI. Preámbulo del artículo XX del GATT de 1994	34
A. <i>Naturaleza y alcance de la obligación de los Estados Unidos de procurar la cooperación internacional en la esfera de la protección y conservación de las tortugas marinas</i>	36
B. <i>Flexibilidad de las Directrices Revisadas</i>	46
VII. Constataciones y conclusiones	54

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

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

Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Apelante, Malasia
Apelado, Estados Unidos

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

AB-2001-4

Actuantes:

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

I. Introducción

1. Malasia apela contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (el "informe del Grupo Especial").¹ De conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD"), Malasia solicitó al Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") que remitiera a un grupo especial su reclamación con respecto a si los Estados Unidos habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* ("*Estados Unidos - Camarones*").

2. Los antecedentes de esta diferencia figuran en forma detallada en el informe del Grupo Especial.² El 6 de noviembre de 1998, el OSD adoptó los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*.³ El OSD recomendó que los Estados Unidos pusieran su medida de prohibición de las importaciones en conformidad con las

¹ WT/DS58/RW, 15 de junio de 2001.

² Informe del Grupo Especial, párrafos 1.1-1.5 y 2.12-2.21.

³ Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998; informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, WT/DS58/R y Corr.1, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (el "Acuerdo sobre la OMC"). El 6 de diciembre de 1999, expiró el plazo para la aplicación de las resoluciones y recomendaciones establecido por las partes de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD.⁴ En la reunión del OSD de 23 de octubre de 2000, Malasia comunicó al OSD que no estaba persuadida de que los Estados Unidos hubieran cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, y anunció que deseaba recurrir a un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁵ El OSD remitió el asunto al Grupo Especial que había entendido inicialmente en el mismo.

3. La reclamación de Malasia se relaciona con una medida adoptada por los Estados Unidos en forma de prohibición de las importaciones para proteger y conservar determinadas especies de tortugas marinas, consideradas especies amenazadas. Esta medida inicial, el artículo 609 de la *Public Law* 101-162 de los Estados Unidos (el "artículo 609"), y su aplicación se describen en forma detallada en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*.⁶ El Órgano de Apelación constató que el artículo 609 estaba justificado provisionalmente a tenor del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. Al aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos no modificaron el artículo 609 y, en consecuencia, la prohibición de las importaciones todavía está en vigor. Sin embargo, el Departamento de Estado de los Estados Unidos publicó las Directrices Revisadas para la aplicación del artículo 609 de la *Public Law* 101-162 para la protección de las tortugas marinas en las operaciones de pesca de camarón con redes de arrastre (las "Directrices Revisadas").⁷ Dichas Directrices Revisadas sustituyen a las directrices publicadas en abril de 1996, que formaban parte de la medida inicial. Esta diferencia entre Malasia y los Estados Unidos surge en relación con la prohibición de las importaciones de camarones y productos del camarón establecida en el artículo 609 y su aplicación por los Estados Unidos.

⁴ WT/DS58/15, 15 de julio de 1999.

⁵ El recurso de Malasia a un grupo especial también estaba en conformidad con un acuerdo bilateral que había concluido con los Estados Unidos respecto del procedimiento que se debía seguir al amparo del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 del ESD. Véase WT/DS58/16, 12 de enero de 2000.

⁶ *Supra*, nota 3, párrafos 3-6.

⁷ Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Federal Register* volumen 64, N° 130, 8 de julio de 1999, *Public Notice* 3086, páginas 36946-36952. Las Directrices Revisadas se adjuntan al informe del Grupo Especial.

4. El artículo 609, las Directrices Revisadas y su aplicación se describen en el informe del Grupo Especial.⁸ En los párrafos siguientes expondremos los aspectos de las Directrices Revisadas que son pertinentes a la consideración de las cuestiones planteadas en esta apelación.

5. El artículo 609(b)(2) establece que la prohibición de las importaciones de camarones no se aplica a los países pesqueros que hayan obtenido "certificación" de conformidad con los criterios establecidos por los Estados Unidos. Las Directrices Revisadas establecen los criterios para la certificación. La finalidad declarada del programa tal como se enuncia en las Directrices Revisadas es la misma que la enunciada en el programa de las directrices iniciales, a saber, proteger las poblaciones amenazadas de tortugas marinas contra un nuevo descenso, reduciendo su mortalidad incidental en el curso de la pesca comercial de camarón con redes de arrastre. Un elemento central del programa de los Estados Unidos es la exigencia de que los barcos arrastreros que se dediquen a la pesca comercial de camarón utilicen dispositivos excluidores de tortugas ("DET") aprobados de conformidad con las normas establecidas por el Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos. Cuando el gobierno de un país pesquero solicita la certificación alegando que ha adoptado un programa basado en la utilización de DET, la certificación se otorgará si este programa incluye el requisito de que los arrastreros que se dedican a la pesca comercial de camarón utilicen DET de una "*eficacia comparable*" a la de los utilizados en los Estados Unidos, y un sistema creíble de observancia que incluya la supervisión del cumplimiento.⁹

6. De conformidad con las directrices iniciales, la práctica del Departamento de Estado consistía en otorgar certificación a los países *solamente después* de que hubiesen demostrado que exigían la utilización de DET. Conforme a las Directrices Revisadas, los países pueden solicitar la certificación incluso si no exigen la utilización de DET. En tales casos, el país pesquero ha de demostrar que ha puesto en vigor un programa regulador de una "*eficacia comparable*" para proteger a las tortugas marinas sin la utilización de DET, y está exigiendo el cumplimiento del mismo. El Departamento de Estado habrá de "tener plenamente en cuenta cualesquiera diferencias que se haya demostrado que existen entre las condiciones en que se realiza la pesca del camarón en los Estados Unidos y las condiciones en que se realiza esa pesca en esos otros países, así como la información disponible procedente de otras fuentes".¹⁰

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.5-2.11 y 2.22-2.32.

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.25.

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 2.28.

7. Un país exportador también puede obtener certificación si el entorno en que en él se pesca el camarón no representa una amenaza de captura incidental de tortugas marinas. Las Directrices Revisadas disponen que el Departamento de Estado otorgará certificación al país pesquero con arreglo al artículo 609 cuando este país satisfaga alguno de los criterios siguientes: las especies de tortugas marinas en cuestión no viven en aguas sujetas a la jurisdicción de ese país; en las aguas de ese país, el camarón se pesca exclusivamente con medios que no representan ninguna amenaza para las tortugas marinas, por ejemplo, por ser ése un país donde se pesca camarón exclusivamente con medios artesanales; o las operaciones de pesca comercial de camarón con redes de arrastre tienen lugar exclusivamente en aguas en las que no viven tortugas marinas.¹¹

8. Malasia alegó ante el Grupo Especial que los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y que, en consecuencia, los Estados Unidos seguían violando las obligaciones dimanantes del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "GATT de 1994"). En su informe, distribuido el 15 de junio de 2001, el Grupo Especial constató lo siguiente:

- a) [l]a 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 Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso destinados a lograr un acuerdo multilateral.¹²

9. El Grupo Especial instó a "Malasia y los Estados Unidos a que cooperen plenamente a fin de concluir tan pronto como sea posible un acuerdo que permita la protección y conservación de las tortugas marinas de forma que se satisfagan todos los intereses involucrados y teniendo en cuenta el principio de que los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas en la conservación y protección del medio ambiente."¹³ (No se reproduce la nota de pie de página.)

¹¹ *Ibid.*, párrafo 2.29.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1.

¹³ *Ibid.*, párrafo 7.2.

10. El 23 de julio de 2001, Malasia notificó al OSD su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho comprendidas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentó un anuncio de apelación, de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*"). El 2 de agosto de 2001, Malasia presentó su comunicación del apelante.¹⁴ El 17 de agosto de 2001, los Estados Unidos presentaron una comunicación del apelado.¹⁵ El mismo día, Australia; las Comunidades Europeas; Hong Kong, China; la India; el Japón; México y Tailandia presentaron sus respectivas comunicaciones en calidad de tercero participante.¹⁶

11. El 13 de agosto de 2001, los Estados Unidos solicitaron a la Sección que entiende en esta apelación que modificara la fecha de la audiencia establecida en el calendario de trabajo para esta apelación. Tras invitar a los participantes a exponer sus opiniones con respecto a esta solicitud, la Sección resolvió que no modificaría la fecha de la audiencia. En consecuencia, la audiencia en la apelación se celebró el 4 de septiembre de 2001. Los participantes y terceros participantes presentaron sus argumentos orales y respondieron a las preguntas formuladas por los miembros de la Sección.

II. Argumentos de los participantes y los terceros participantes

A. Alegaciones de error formuladas por Malasia - Apelante

1. Mandato

12. Malasia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en su examen de la nueva medida adoptada por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Camarones*.

13. Malasia sostiene que constituye un principio jurídico que una medida de aplicación debe ser examinada para verificar su conformidad con los acuerdos abarcados, antes bien que para verificar su conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Este principio fue confirmado en el

¹⁴ De conformidad con la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo*.

¹⁵ De conformidad con la Regla 22 de los *Procedimientos de trabajo*.

¹⁶ De conformidad con la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*. El Ecuador, tercero en las actuaciones del Grupo Especial, no presentó ninguna comunicación en calidad de tercero participante, pero solicitó autorización para asistir a la audiencia en calidad de "observador pasivo". Tras consultar a los participantes y terceros participantes, la Sección que entiende en esta apelación autorizó al Ecuador a asistir a la audiencia en esta calidad.

asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* ("*Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*")¹⁷, en el que el Órgano de Apelación sostuvo que el ámbito del procedimiento de solución de diferencias de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no se limita a la determinación de si el Miembro de la OMC ha aplicado o no las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Órgano de Apelación resolvió que la función del grupo especial consistía en determinar si la nueva medida es compatible con las disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC* que eran objeto de la diferencia.

14. Malasia sostiene que, al llevar a cabo su examen de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, un grupo especial no se ve limitado a examinar la "medida destinada a cumplir" solamente desde la perspectiva de las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas que se relacionan con la medida que fue objeto del procedimiento inicial. Aunque éstas pueden tener cierta pertinencia en el procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, Malasia sostiene que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se refiere, en principio, no a la medida inicial, sino más bien a una medida nueva y diferente que no estaba sometida al Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto. En opinión de Malasia, la utilidad del examen previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se vería gravemente menoscabada si el Grupo Especial se limitara a examinar la nueva medida desde la perspectiva de las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas que se relacionaban con la medida inicial.

15. Malasia aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su consideración del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones*. En primer lugar, Malasia afirma que al apoyarse exclusivamente en el razonamiento del Órgano de Apelación, el Grupo Especial de hecho se ha apoyado en alegaciones y argumentos presentados por las partes en relación con la medida inicial. En segundo lugar, Malasia aduce que el Grupo Especial incurrió en error al considerar el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones* como si hubiese propuesto cursos de acción alternativos, o medidas alternativas, como *condiciones* que, una vez cumplidas, convertirían necesariamente la medida de aplicación en una medida compatible con el Acuerdo abarcado pertinente. En opinión de Malasia, los cursos alternativos de acción o las medidas alternativas a las que se refirió el Órgano de Apelación fueron *dicta* y, en consecuencia, el Grupo Especial incurrió en error al interpretar estos *dicta* como condiciones positivas para determinar la compatibilidad con el GATT.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000.

2. El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

16. Malasia apela contra determinadas conclusiones adoptadas por el Grupo Especial al amparo del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994. En particular, Malasia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al considerar la obligación de los Estados Unidos como una obligación de *negociar*, en oposición a una obligación de *concluir* un acuerdo internacional.

17. Malasia observa que el Órgano de Apelación hizo observaciones y comentarios pertinentes en su análisis del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 con respecto a la "discriminación arbitraria o injustificable". En su consideración de la "discriminación injustificable", el Órgano de Apelación declaró: "[o]tro aspecto de la aplicación del artículo 609 que tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una discriminación es justificable o no justificable es el hecho de que los Estados Unidos no han emprendido con los apelados, así como con otros Miembros que exportan camarones a los Estados Unidos, negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de poner en aplicación la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos otros Miembros".¹⁸ En opinión de Malasia, estas observaciones del Órgano de Apelación ponen de relieve la necesidad de la *conclusión* de un acuerdo internacional.

18. Malasia afirma que estas observaciones del Órgano de Apelación constituyen *dicta*. El Grupo Especial interpretó incorrectamente que estas observaciones significaban que las medidas alternativas, en particular la demostración de que se había emprendido una negociación previa de buena fe, "protegerían" a la medida unilateral de ser caracterizada como "discriminación injustificable". Se sostiene además que, en el contexto de la nueva medida, el Grupo Especial no examinó si, dadas las circunstancias, los Estados Unidos actuaron de una manera que constituye una "discriminación injustificable".

19. Malasia sostiene además que si se permite que quede en pie la conclusión del Grupo Especial se llegará al resultado "incongruente" de que cualquier Miembro de la OMC podría ofrecer negociar de buena fe un acuerdo que incorporase sus "estándares definidos unilateralmente" antes de alegar que su medida está justificada a tenor de las excepciones pertinentes del artículo XX del GATT de 1994. Según Malasia, la conclusión del Grupo Especial, por tanto, llevará al resultado de que si un Miembro de la OMC no llega a *concluir* un acuerdo, podría seguir alegando que su aplicación de una medida unilateral no constituye una "discriminación injustificable".

¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 3, párrafo 166.

20. Además, Malasia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas (la "Convención Interamericana") puede razonablemente considerarse como una referencia de lo que puede lograrse mediante negociaciones multilaterales en la esfera de la protección y la conservación. El Grupo Especial no proporcionó ningún razonamiento en apoyo de esta opinión. El Órgano de Apelación citó la Convención Interamericana simplemente como un "ejemplo" de los esfuerzos que habían hecho los Estados Unidos para llegar a una solución multilateral en relación con la conservación de las tortugas marinas. El Órgano de Apelación no consideró de ningún modo esa Convención como un "estándar jurídico". Además, el Órgano de Apelación declaró que una de las obligaciones que los Estados Unidos debían cumplir a fin de evitar la "discriminación injustificable" era emprender serios esfuerzos por negociar de buena fe *antes de* aplicar una prohibición "unilateral" de las importaciones.

21. Malasia sostiene que la interpretación jurídica del Grupo Especial es errónea porque los Estados Unidos no habían probado que habían sido eliminados los procedimientos unilaterales y no consensuales de la prohibición de las importaciones. Al contrario, las negociaciones en curso acerca del Memorando de Entendimiento sobre la Conservación y Ordenación de las Tortugas Marinas y sus Hábitat en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental (el "Memorando del Asia Sudoriental") demostró la disponibilidad de vías alternativas y menos restrictivas del comercio para lograr los objetivos legítimos de la medida estadounidense. La consecuencia lógica del argumento citado es que las negociaciones están en curso y, por consiguiente, la prohibición de las importaciones debería suprimirse.

22. Malasia también apela contra las conclusiones formuladas por el Grupo Especial bajo el epígrafe "[m]edidas comparables en eficacia a la medida de los Estados Unidos". Malasia sostiene que el Órgano de Apelación habló de medidas cuya eficacia es comparable a la de las medidas estadounidenses en el contexto de la explicación de la diferencia entre el diseño y la aplicación de la medida inicial.¹⁹ El Órgano de Apelación señaló que, si bien el diseño de la medida permitía el otorgamiento de certificación a países con medidas cuya eficacia era comparable a las medidas estadounidenses, ésta no era la forma en que la medida se aplicaba en la práctica. El Grupo Especial interpretó incorrectamente que esta observación del Órgano de Apelación significaba que una medida que exigía que países exportadores adoptaran programas reguladores cuya eficacia fuese comparable a la de un país importador no podía constituir una "discriminación injustificable".

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 3, párrafo 163.

23. Malasia sostiene que el Órgano de Apelación no aceptó la legitimidad de "medidas comparables" -ni implícitamente ni de otra forma- sino que estaba simplemente describiendo el funcionamiento previsto de la medida inicial. Eso es evidente, entre otras cosas, por el hecho de que la expresión "eficacia comparable" figura en el texto de las Directrices de 1996, que ponían en aplicación la medida inicial. El Órgano de Apelación no estaba autorizando en modo alguno a los Miembros importadores a imponer medidas unilaterales que subordinaran el acceso al mercado a la condición de que el Miembro exportador tuviese medidas de "eficacia comparable" a la de sus propias medidas. Por tanto, el Grupo Especial incurrió en error al suponer que la nueva medida, que imponía esta exigencia de medidas de "eficacia comparable a la del programa regulador de los Estados Unidos", no podía constituir una discriminación injustificable.

24. Malasia también sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Directrices Revisadas permitían un margen de "*flexibilidad*" pues tienen en cuenta situaciones en las que las tortugas marinas no resultan amenazadas por la pesca del camarón con redes de arrastre. Malasia sostiene que las Directrices Revisadas se ocupan solamente de la captura incidental de tortugas marinas durante la pesca del camarón con redes de arrastre. Un examen pormenorizado de las Directrices Revisadas revela que éstas no contemplan el hecho de que en Malasia no prevalecen las mismas condiciones. Malasia no practica la pesca del camarón con redes de arrastre y la captura incidental de tortugas marinas en sus aguas se debe a la pesca con redes de arrastre de peces y no de camarones. Por tanto, las Directrices Revisadas no tienen en cuenta las condiciones específicas que prevalecen en Malasia y, en consecuencia, infringen el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994.

25. Malasia apela contra el trato que da el Grupo Especial a la decisión del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos (el "CIT") en el asunto *Turtle Island Restoration Network, et al. v. Robert L. Mallett, et al.*²⁰ (el caso "*Turtle Island*"). Malasia opina que, al abstenerse de considerar esta decisión, el Grupo Especial incurrió en error al adoptar la posición de que la legislación nacional queda al margen del examen que realizan los grupos especiales. Malasia sostiene que si el Grupo Especial hubiese examinado la decisión adoptada en el caso *Turtle Island*, y evaluado las posibilidades y consecuencias de una modificación futura de las Directrices Revisadas, habría constatado que no se ha eliminado la "discriminación injustificable" conforme al preámbulo del artículo XX del GATT de 1994.

²⁰ 110 *Fed. Supp.* 2d 1005 (CIT, 2000).

26. Por último, Malasia solicita al Órgano de Apelación que recomiende que se suprima la prohibición de las importaciones a fin de dar efecto a las recomendaciones y resoluciones del OSD según el informe del Órgano de Apelación.

B. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

1. Mandato

27. Los Estados Unidos sostienen que el argumento de Malasia de que el Grupo Especial no aplicó el debido ámbito de examen de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD es infundado. El apoyo que a este respecto busca Malasia en el informe del Órgano de Apelación sobre *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)* no es procedente. La cuestión que se planteaba en esa apelación era si el examen del Grupo Especial estaba limitado a las cuestiones consideradas en las actuaciones del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación constató que el ESD no imponía tal limitación. Sin embargo, en el asunto actual el ámbito de examen del Grupo Especial era plenamente compatible con las constataciones del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*.

28. Los Estados Unidos observan que en este caso el Grupo Especial citó extensamente el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*. El Grupo Especial concluyó a continuación que estaba plenamente autorizado para tratar *todas* las alegaciones formuladas por Malasia a tenor del artículo XI y del artículo XX del GATT de 1994, independientemente de que estas alegaciones y los argumentos y hechos que las respaldan se hubiesen o no formulado en las actuaciones del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación.

29. Los Estados Unidos aducen que el argumento de Malasia se basa exclusivamente en la utilización por el Grupo Especial de la frase "recomendaciones y resoluciones del OSD". En opinión de los Estados Unidos, la utilización por el Grupo Especial de la frase "cumplieron las recomendaciones y resoluciones del OSD" es totalmente apropiada y no indica ninguna limitación de su ámbito de examen. En el contexto de este caso, las recomendaciones y resoluciones del OSD consisten en que los Estados Unidos "pongan la medida ... en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud [del GATT de 1994]". El único Acuerdo abarcado en cuestión en esta diferencia es el GATT de 1994.

2. El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

30. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial constató correctamente que los Estados Unidos habían corregido el aspecto de discriminación relacionado con las diferencias en los esfuerzos encaminados a negociar un acuerdo bilateral o multilateral. En su resolución anterior en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación consideró que determinados aspectos de la aplicación del artículo 609, en su "efecto acumulativo", equivalían a una discriminación injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones. Uno de esos aspectos era el relativo a los esfuerzos para negociar. El Órgano de Apelación citó entonces las constataciones fácticas del Grupo Especial inicial con respecto a la falta de serios esfuerzos por parte de los Estados Unidos para negociar un acuerdo de conservación de la naturaleza con los Miembros de la OMC reclamantes, y se apoyó en esas constataciones.

31. Los Estados Unidos sostienen que han procedido a corregir este aspecto de discriminación injustificable identificado por el Órgano de Apelación. En particular, los Estados Unidos han hecho esfuerzos sustanciales por negociar un acuerdo de conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. El Grupo Especial constató que estos esfuerzos corrigieron efectivamente este aspecto de discriminación injustificable.

32. Los Estados Unidos sostienen que Malasia no objeta las constataciones fundamentales del Grupo Especial, a saber, que los Estados Unidos han emprendido esfuerzos serios y de buena fe para negociar un acuerdo de conservación de las tortugas marinas con los países de la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. El Grupo Especial consideró si los Estados Unidos habían tratado el aspecto de la "discriminación injustificable" relativo al esfuerzo para negociar identificado por el Órgano de Apelación, y constató correctamente que los Estados Unidos habían efectivamente corregido este aspecto de la discriminación.

33. Los Estados Unidos sostienen que, en lugar de ocuparse de las constataciones pertinentes del Grupo Especial, Malasia formula varios argumentos que o bien están basados en una caracterización equivocada del informe del Grupo Especial, o bien equivalen a una solicitud de revocación de las constataciones fundamentales formuladas en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones*. Malasia aduce que el Grupo Especial constató que "una demostración de previa negociación de buena fe protegería a una medida unilateral de que se la caracterizara como discriminación injustificable".²¹ En opinión de los Estados Unidos, este argumento no tiene en cuenta

²¹ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.11.

el contexto de las deliberaciones del Grupo Especial sobre los esfuerzos para negociar y, por tanto, equivale a una caracterización errónea de las constataciones del Grupo Especial.

34. Los Estados Unidos sostienen que las deliberaciones del Órgano de Apelación y el Grupo Especial con respecto a las negociaciones se dan en el contexto de la aplicación del preámbulo del artículo XX a los hechos concretos del presente caso. El texto del preámbulo del artículo XX exige que el Miembro de la OMC que impone la medida demuestre que la medida no se aplica en forma que constituya un medio de discriminación injustificable. En opinión de los Estados Unidos, ningún aspecto de la aplicación de la medida puede, como dice Malasia, "proteger" la medida de un examen de otros aspectos de la supuesta discriminación.

35. Los Estados Unidos sostienen que han encarado el criterio de "discriminación injustificable" contenido en el preámbulo demostrando *prima facie* que la medida estadounidense no da lugar a una discriminación injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones. En particular, en las actuaciones del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación, los Estados Unidos pusieron de manifiesto la ausencia de cualquier "discriminación injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" demostrando que aplican imparcialmente las restricciones a la importación con respecto a todos los países que se dedican a la pesca de camarón con redes de arrastre en aguas habitadas por tortugas marinas amenazadas.

36. Los Estados Unidos señalan el argumento de Malasia de que el Grupo Especial "incurrió en error" al concluir que la Convención Interamericana sobre la conservación de las tortugas marinas "puede considerarse razonablemente como una referencia de lo que puede lograrse mediante negociaciones multilaterales".²² Los Estados Unidos sostienen que Malasia ha citado el informe del Grupo Especial fuera de contexto. El Grupo Especial consideró debidamente los esfuerzos de los Estados Unidos para negociar a efectos de determinar si los Estados Unidos habían corregido este aspecto de discriminación identificado por el Órgano de Apelación. En este contexto, el Grupo Especial examinó los esfuerzos para negociar que implicó la conclusión de la Convención Interamericana y los comparó con los esfuerzos hechos por los Estados Unidos para negociar un acuerdo de conservación de las tortugas marinas para la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. Fue solamente en este sentido que el Grupo Especial consideró que la Convención Interamericana constituía una "referencia".

37. Con respecto al argumento de Malasia de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida estadounidense era compatible con el *Acuerdo sobre la OMC* porque "los Estados

²² *Ibid.*, párrafo 3.13.

Unidos no habían probado que habían sido eliminados los procedimientos unilaterales y no consensuales de la prohibición de las importaciones", los Estados Unidos sostienen que este argumento es contrario a la constatación del informe del Órgano de Apelación que reafirma que nada en el texto del artículo XX exige la eliminación de una medida simplemente porque esa medida sea "unilateral".

38. Los Estados Unidos se refieren al argumento de Malasia de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida de los Estados Unidos era compatible con el *Acuerdo sobre la OMC* porque las negociaciones relativas a la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental constituyen una "vía alternativa menos restrictiva para lograr los objetivos legítimos de la medida de los Estados Unidos". Según los Estados Unidos, este argumento se basa en la premisa errónea de que un Miembro de la OMC debe agotar todas las posibilidades para alcanzar sus objetivos de otra forma. El *Acuerdo sobre la OMC* no contiene tal exigencia y el Órgano de Apelación no formuló tal constatación.

39. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial procedió correctamente al constatar que los Estados Unidos habían corregido el aspecto de discriminación injustificable identificado en el informe del Órgano de Apelación en relación con la flexibilidad y la consideración de las condiciones locales.

40. El Órgano de Apelación consideró que la deficiencia más patente en la aplicación del artículo 609 era un requisito aparente de que todos los demás Miembros exportadores adoptasen esencialmente la misma política que se aplicaba a los arrastreros estadounidenses dedicados a la pesca del camarón. El Órgano de Apelación señaló que las disposiciones establecidas en el artículo 609 por sí solas no requieren que los demás Miembros de la OMC adopten esencialmente la misma política y las mismas prácticas para exigir el cumplimiento que adoptaron los Estados Unidos, pero que, al parecer, las directrices entonces vigentes carecían de flexibilidad. El Órgano de Apelación también constató que las directrices no parecían prever flexibilidad en la consideración de las diferentes condiciones que pueden existir en los distintos países pesqueros.

41. Los Estados Unidos aducen que Malasia no cuestiona el análisis del texto de las Directrices Revisadas realizado por el Grupo Especial. Además, Malasia no intentó poner a prueba en la práctica la flexibilidad de las directrices solicitando la certificación de su programa para la conservación de las tortugas marinas en la pesca del camarón con redes de arrastre.

42. Los Estados Unidos se refieren al argumento de Malasia de que las Directrices Revisadas no responden a la alegación de Malasia de que "Malasia no practica la pesca del camarón con redes de

arrastre y que la captura incidental de tortugas marinas se debe a las operaciones de pesca de peces con redes de arrastre y no a la pesca de camarón con redes de arrastre".²³ Según los Estados Unidos, este "argumento vago, no desarrollado" no refuta la presunción *prima facie* de que las Directrices Revisadas de los Estados Unidos efectivamente permiten flexibilidad y la consideración de las condiciones locales.

43. En opinión de los Estados Unidos, el argumento de Malasia de que el Grupo Especial "incurrió en error al adoptar la posición de que la cuestión de la legislación nacional queda al margen del examen que realizan los grupos especiales" caracteriza en forma errónea las constataciones del Grupo Especial y carece de fundamento. El Grupo Especial consideró el expediente que tenía ante sí y llegó correctamente a la conclusión de que en virtud de las Directrices Revisadas están permitidas las importaciones de camarones capturados por barcos que utilizan DET, incluso en el caso de que el país exportador no haya obtenido certificación de conformidad con el artículo 609.

44. Con respecto al caso *Turtle Island*, los Estados Unidos sostienen que Malasia no presenta ningún argumento que explique los motivos por los que era incorrecto el razonamiento del Grupo Especial con relación a la legislación nacional pertinente. Como observó el Grupo Especial, el tribunal nacional se abstuvo expresamente de ordenar ninguna modificación de las Directrices Revisadas, y las disposiciones de las Directrices Revisadas que permiten las importaciones de camarones capturados con utilización de DET procedentes de países que no han obtenido certificación siguen en vigor.

C. *Argumentos de los terceros participantes*

1. Australia

a) Mandato

45. Australia sostiene que, de conformidad con las disposiciones del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, un grupo especial debe examinar la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Esto exige que el grupo especial pertinente realice un nuevo análisis fáctico y jurídico de la medida revisada o de la nueva medida.

46. Australia opina que el Grupo Especial en este caso no examinó sobre esa base las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones. Australia sostiene que si el Grupo

²³ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.21.

Especial lo hubiese hecho no habría tenido motivos suficientes para llegar a la constatación de que el artículo 609 de la *Public Law* 101-162, tal como ha sido puesto en vigor por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y tal como ha sido aplicado hasta ahora por las autoridades de los Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994.

b) El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

47. Australia aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su conclusión de que el hecho de que los Estados Unidos hayan entablado negociaciones de buena fe sería, de por sí, necesariamente suficiente para cumplir la prescripción del preámbulo del artículo XX de que su medida no se aplique en forma que conlleve una discriminación injustificable. Este enfoque es incompatible con el texto del preámbulo del artículo XX y constituye una aplicación equivocada del razonamiento que figura en el informe del Órgano de Apelación.

48. Australia opina que el Grupo Especial interpretó mal las constataciones del Órgano de Apelación, así como las prescripciones del preámbulo del artículo XX, al concluir que los Estados Unidos estarían facultados para mantener la medida de aplicación si se demostrara que estaban haciendo esfuerzos serios y de buena fe para concluir un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas. Esta interpretación menoscabaría seriamente el delicado equilibrio de derechos y obligaciones consagrado en el artículo XX, y abriría la puerta para que los Miembros de la OMC justificaran restricciones al comercio impuestas de modo unilateral alegando simplemente la iniciación simultánea de negociaciones internacionales. El artículo XX no proscribe las restricciones unilaterales al comercio, pero debe imponerse a su utilización -en consonancia con el texto del preámbulo- un grado razonable de limitación a fin de preservar el equilibrio de derechos y obligaciones.

49. Australia sostiene que corresponde a los Estados Unidos demostrar qué esfuerzos serios y de buena fe habían emprendido para obviar o eliminar la naturaleza injustificablemente discriminatoria de la prohibición -incluidos el diseño, el alcance y la aplicación de la medida-. El progreso de la iniciativa del Océano Índico ha demostrado la existencia de una alternativa viable, no discriminatoria, a la restricción unilateral de las importaciones. Habida cuenta de este progreso, los Estados Unidos no han establecido por qué su restricción unilateral a las importaciones ya no constituye una forma de discriminación injustificable.

50. Australia aduce que el Grupo Especial no se aseguró de que los Estados Unidos hubieran efectivamente satisfecho la carga de la prueba que les correspondía al tratar de justificar su medida a tenor del artículo XX. En particular, los Estados Unidos no probaron que su medida fuera compatible

con las prescripciones del preámbulo del artículo XX. El hecho de que los Estados Unidos no presentaran pruebas suficientes para demostrar que la medida no constituía un medio de discriminación injustificable significaba que el Grupo Especial no podía haber constatado que la medida estadounidense cumplía los requisitos del preámbulo.

2. Comunidades Europeas

a) Mandato

51. Las Comunidades Europeas sostienen que, dado que las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD son, por definición, medidas nuevas y diferentes que pueden resultar incompatibles con las disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC* que no fueron examinadas por el Grupo Especial inicial, es correcto afirmar que un grupo especial que actúe de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD tendrá, en consecuencia, que tratar una situación fáctica y jurídica nueva y diferente.

52. Sin embargo, las Comunidades Europeas sostienen que todos los grupos especiales están limitados por su mandato, que está determinado, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, por la "solicitud de establecimiento de un grupo especial". Las Comunidades Europeas observan que, en su "solicitud de establecimiento de un grupo especial", Malasia se refirió solamente al GATT de 1994 y a las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sobre la base de la "solicitud [de Malasia] de establecimiento de un grupo especial", y de sus comunicaciones posteriores, el Grupo Especial constató 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.

53. Habida cuenta de que el mandato de un grupo especial "establecido" de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se basa en las mismas alegaciones y fundamentos jurídicos que el mandato del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto, el trato dado por el Grupo Especial a la reclamación de Malasia al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del ESD no es, al parecer, erróneo. El Grupo Especial no tenía libertad para examinar otras cuestiones.

b) El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

54. Las Comunidades Europeas estiman que la cooperación y negociación internacionales deben preferirse a la acción unilateral, sobre todo en la esfera de la protección del medio ambiente, por todas las razones expuestas en el informe inicial del Órgano de Apelación. Las Comunidades Europeas subrayan que la cooperación internacional, por su propia naturaleza, es un proceso y no un resultado.

Tal cooperación está basada necesariamente en esfuerzos recíprocos para resolver una preocupación común en el interés mutuo.

55. Dadas las circunstancias del presente caso, parece a las Comunidades Europeas que la cooperación internacional exige como mínimo el intercambio de datos y de conocimientos científicos fácilmente accesibles entre todas las partes interesadas. De conformidad con las Directrices Revisadas, los Estados Unidos admitirían los camarones procedentes de Malasia en el mercado estadounidense a condición de que Malasia demostrase, sobre la base de datos pertinentes, que su programa de conservación de las tortugas es de una "eficacia comparable" al método de conservación elegido por los Estados Unidos o, en la alternativa, que tales métodos de conservación resultan innecesarios dadas las condiciones prevalecientes en las aguas en las que operan los arrastreros de Malasia. De este modo, los Estados Unidos aparentemente están procurando la participación de Malasia en la cooperación internacional en forma de un intercambio de datos disponibles.

56. La aplicación de la nueva medida se ha hecho más flexible en comparación con la aplicación de la medida inicial, y ésta es la base para la constatación del Grupo Especial de que la medida de los Estados Unidos impugnada no está actualmente en conflicto con la prohibición de "discriminación injustificable" establecida en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994.

57. Con respecto al asunto *Turtle Island*, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial concluyó correctamente que no le correspondía anticiparse al resultado de una diferencia nacional sobre la interpretación correcta de una ley de los Estados Unidos cuando un tribunal nacional había optado por determinada interpretación, y esa interpretación era impugnada por el Gobierno de los Estados Unidos mediante apelación ante los tribunales nacionales.

58. Las Comunidades Europeas sostienen que de las constataciones del Grupo Especial se deduce que la resolución del tribunal nacional no obligaba a los Estados Unidos a infringir sus obligaciones en el marco de la OMC en las circunstancias del presente caso, en particular porque la resolución no era definitiva y porque fueron rechazadas las solicitudes de medidas provisionales. Al parecer esta es una lectura correcta de la situación en el marco de la legislación nacional de los Estados Unidos. En particular, las Directrices Revisadas continúan aplicándose plenamente y, en consecuencia, representan la situación prevaleciente en la legislación estadounidense.

59. En conclusión, las Comunidades Europeas reiteran su posición ante el Grupo Especial de que la reclamación presentada en este caso por Malasia es un tanto prematura. Malasia aún no ha solicitado la certificación. Por lo tanto, no está claro todavía cómo se aplicaría la legislación objetada a las importaciones de camarones y productos del camarón procedentes de Malasia.

3. Hong Kong, China

a) Mandato

60. Hong Kong, China recuerda que, en su comunicación al Grupo Especial, expresó la opinión de que la cuestión sometida a un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD consiste en determinar si una medida es, en sí misma, compatible con el *Acuerdo sobre la OMC*, en particular con las disposiciones concretas con las que el grupo especial que entendió inicialmente en el asunto o el Órgano de Apelación constataron que la medida inicial era incompatible.

61. En opinión de Hong Kong, China, los grupos especiales deberían limitar su examen a la nueva medida, es decir, la medida adoptada después de que el grupo especial inicial (o el Órgano de Apelación, según el caso) se ha pronunciado sobre la incompatibilidad con la OMC; examinar la compatibilidad de la nueva medida con el *Acuerdo sobre la OMC*; y, además, examinar hasta qué punto el Miembro de la OMC ha aplicado de manera adecuada las recomendaciones y resoluciones del grupo especial inicial o del Órgano de Apelación al adoptar la nueva medida.

62. Con respecto al fallo pronunciado por el CIT en el caso *Turtle Island*, Hong Kong, China observa que, cuando no hay un claro mandato dirigido a los órganos judiciales internacionales, éstos generalmente interpretan sólo el derecho internacional, y consideran el derecho interno, siempre que así se justifique, como una cuestión de hecho. En el presente caso el Grupo Especial parece haber adoptado el mismo enfoque. En consecuencia, Hong Kong, China opina que el Grupo Especial no tenía por cometido especular sobre los resultados de la apelación del fallo del CIT, ni pronunciar una resolución sobre esa base. Además, Hong Kong, China es consciente de que la decisión del CIT está en curso de apelación y que podría ser confirmada por el más alto tribunal nacional de los Estados Unidos.

4. India

a) Mandato

63. La India sostiene que, como las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD constituyen, por definición, medidas nuevas y diferentes, es posible que las nuevas medidas de aplicación sean incompatibles con disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC que no fueron examinadas por el grupo especial inicial. Por lo tanto, el grupo especial "establecido" de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD tendría que tratar una situación fáctica y jurídica nueva y diferente. En consecuencia, la India está de acuerdo con Malasia en que una

lectura correcta del párrafo 5 del artículo 21 del ESD exigía que el Grupo Especial examinara la presunta incompatibilidad también con respecto a disposiciones de la OMC que no eran pertinentes para la resolución de la diferencia en el procedimiento inicial.

64. Con respecto al caso *Turtle Island*, la India está de acuerdo con Malasia en que el Grupo Especial se abstuvo erróneamente de examinar la legislación interna tratándola como un hecho. A fin de evaluar la compatibilidad de la legislación interna con la OMC, la interpretación dada por un tribunal nacional reviste fundamental importancia. La India coincide también con Malasia en que corresponde a los Estados Unidos la responsabilidad por las medidas de todos sus poderes, incluido el poder judicial. El CIT es un órgano judicial de los Estados Unidos. Su interpretación de que el artículo 609 no permitía la importación de camarones capturados con utilización de DET procedentes de países que no habían obtenido certificación debería considerarse una interpretación autorizada de la legislación estadounidense. A la luz de la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Grupo Especial debería haber concluido que el artículo 609 era incompatible con el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994.

5. Japón

a) El preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

65. El Japón opina que las disposiciones del artículo XX del GATT de 1994, dado que constituyen "excepciones" a los principios básicos de dicho Acuerdo, deberían aplicarse en forma estricta. Ello es especialmente aplicable cuando se alega que una medida unilateral está justificada en virtud de este artículo.

66. El Japón, aunque está de acuerdo con la mayoría de las conclusiones a las que ha llegado el Grupo Especial, opina que el informe del Grupo Especial no describe detalladamente el razonamiento ni el proceso mediante el cual el Grupo Especial llegó a esas conclusiones. Considerando la importancia atribuida a las prescripciones del preámbulo del artículo XX como un instrumento para la prevención de abusos, dicho preámbulo debe aplicarse en una forma que tenga plenamente en cuenta el estricto criterio exigido para las "Excepciones generales" en el marco del artículo XX.

67. El argumento de Malasia de que las negociaciones no son para los Estados Unidos medidas alternativas destinadas a rectificar y corregir el problema de "discriminación arbitraria e injustificable" se basa en una lectura incorrecta del informe inicial del Órgano de Apelación. Habida cuenta de que la falta de negociaciones serias y de buena fe es una de las razones en que se funda la constatación del Órgano de Apelación de "discriminación arbitraria o injustificable", parece lógico suponer que, al

entablar negociaciones suficientemente "serias y de buena fe" y cumplir otras prescripciones, los Estados Unidos se han ocupado de la "discriminación arbitraria o injustificable". Por lo tanto, el Japón está de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos no estaban obligados a concluir un acuerdo para la protección y conservación de las tortugas marinas antes de adoptar la medida.

68. El Japón sostiene, sin embargo, que, dado que el concepto de "serio" y "de buena fe" es de carácter subjetivo, puede resultar necesario un criterio más objetivo, tal como el reconocimiento común por otros países negociadores de la necesidad de la medida en cuestión, además del criterio de "esfuerzos serios y de buena fe". El Japón considera que el Grupo Especial debería haber incluido explícitamente en su informe tal criterio de apoyo o reconocimiento de la medida en cuestión por otros países negociadores como parte del requisito de negociación.

6. México

a) Mandato

69. México está de acuerdo con Malasia en que el mandato de un grupo especial "establecido" de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD es examinar si las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones son compatibles con los acuerdos abarcados, más que con sus propias recomendaciones y resoluciones.

70. México sostiene que en este caso el Grupo Especial debería haber prestado especial atención a la cuestión de si la medida estadounidense podía justificarse al amparo del artículo XX del GATT de 1994 porque no se aplicaba de una manera que constituyera una forma de "discriminación arbitraria o injustificable" entre países en los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional. México considera que el Grupo Especial debería haber prestado más atención a las disposiciones jurídicas mismas que al informe del Órgano de Apelación que examinó la medida inicial. En opinión de México, no es válido argumentar que un Miembro de la OMC está autorizado a adoptar medidas que en otro caso serían incompatibles con el artículo XX del GATT de 1994, basándose en una interpretación del artículo XX limitada a las circunstancias y el razonamiento de un caso anterior de solución de diferencias.

7. Tailandia

a) Mandato

71. Tailandia opina que, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el Grupo Especial debía limitarse a evaluar la compatibilidad con el acuerdo abarcado en cuestión, que en el presente caso es el GATT de 1994, de las "medidas adoptadas para cumplir". Tailandia está de acuerdo con el Grupo Especial en que ello debía hacerse a la luz de la evaluación de la compatibilidad de la medida inicial con un acuerdo abarcado realizada por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y posteriormente por el Órgano de Apelación.

72. Sin embargo, la opinión de Tailandia difiere de la del Grupo Especial con respecto al alcance de las "medidas adoptadas para cumplir" por los Estados Unidos. Tailandia discrepa del enfoque adoptado por el Grupo Especial que consiste en examinar solamente la compatibilidad de las Directrices Revisadas con el GATT de 1994, y sin tener en cuenta el artículo 609.

73. Tailandia sostiene que el Grupo Especial, si hubiera examinado la compatibilidad del artículo 609 como parte de la medida de aplicación adoptada por los Estados Unidos, habría constatado que, con respecto a las importaciones de camarones capturados con utilización de DET procedentes de países que no han obtenido certificación, el artículo 609 es incompatible con el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994, leído a la luz de la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones*. Para examinar la compatibilidad del artículo 609 a este respecto, si el Grupo Especial hubiese decidido hacerlo, habría sido necesario que el Grupo Especial "procurara una comprensión pormenorizada" de la legislación. Como no corresponde al Grupo Especial interpretar el artículo 609 en sí, tal comprensión debe basarse en una interpretación autorizada de la legislación en el marco del ordenamiento jurídico nacional de los Estados Unidos, al menos en los casos en que exista tal interpretación autorizada.

74. Tailandia aduce que el hecho de que las Directrices Revisadas no hayan sido modificadas tras el fallo del CIT no elimina la actual incompatibilidad del artículo 609 con el GATT de 1994. El incumplimiento de una obligación dimanante de un tratado no involucra necesariamente un acto del poder ejecutivo. También puede involucrar un acto del poder legislativo o del poder judicial o bien, como en este caso, de ambos poderes.

III. Cuestión preliminar de procedimiento

75. El 13 de agosto de 2001, recibimos un escrito de la *American Humane Society and Humane Society International* (el "escrito de la *Humane Society*"). Este escrito también se adjunta como

prueba documental a la comunicación del apelado presentada en esta apelación por los Estados Unidos.

76. Como hemos declarado anteriormente en nuestro informe sobre *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* ("Estados Unidos - Camarones"), el hecho de que se adjunte un escrito u otro material a la comunicación del apelante o del apelado, con independencia de la manera o el lugar en que se haya podido originar el material en cuestión, convierte dicho material, al menos *prima facie*, en parte integrante de la comunicación de ese participante.²⁴ En ese informe, declaramos además que corresponde a un participante en una apelación determinar por sí mismo qué va a incluir en su comunicación.²⁵

77. En la audiencia de esta apelación, celebrada el 4 de septiembre de 2001, pedimos a los Estados Unidos que aclararan hasta qué punto hacían suyos los argumentos expuestos en el alegato presentado por la *Humane Society*. Los Estados Unidos declararon lo siguiente: "[s]e trata de las opiniones independientes de esa organización. Las adoptamos en la medida en que son las mismas que las nuestras pero, por lo demás, son sus opiniones independientes. Las sometemos a su consideración pero no como nuestros argumentos, en cuyo caso, por ejemplo, se espera que el grupo especial se ocupe de cada uno de ellos". En consecuencia, centramos nuestra atención en los argumentos jurídicos de la comunicación del apelado de los Estados Unidos.

78. El 20 de agosto de 2001, recibimos una comunicación del Profesor Robert Howse, profesor de derecho comercial internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, en Ann Arbor, Michigan, Estados Unidos. Al pronunciar nuestra decisión en esta apelación, no consideramos necesario tener en cuenta el escrito presentado por el Profesor Howse.

IV. Cuestiones que se plantean en la presente apelación

79. La medida en litigio en la presente diferencia está integrada por tres elementos: el artículo 609 de la *Public Law* 101-162 de los Estados Unidos ("artículo 609"); las Directrices Revisadas para la aplicación del artículo 609 de la *Public Law* 101-162, relativa a la protección de las tortugas marinas en el curso de las operaciones de pesca de camarón con redes de arrastre (las "Directrices Revisadas")²⁶; y la aplicación del artículo 609 y de las Directrices Revisadas en la

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 89.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *United States Department of State, Federal Register Vol. 64, No. 130, 8 July 1999, Public Notice 3086*, pp. 36946 - 36952. Las Directrices Revisadas se adjuntan al informe del Grupo Especial,

práctica de los Estados Unidos. Los Estados Unidos y Malasia coinciden en esta definición de la medida²⁷, que el Grupo Especial acepta²⁸ y nosotros también hacemos nuestra.

80. Con respecto a esa medida, se plantean en la presente apelación las siguientes cuestiones:

- a) si el Grupo Especial cumplió correctamente el mandato que le confiere el párrafo 5 del artículo 21 del ESD de examinar la compatibilidad de la medida de los Estados Unidos destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Camarones* con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994; y
- b) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida en litigio se aplica actualmente de una manera que ya no constituye un medio de "discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" y está, por consiguiente, comprendida en el ámbito de las medidas permitidas por el artículo XX del GATT de 1994.²⁹

81. En relación con la medida en litigio en la presente diferencia, los Estados Unidos no han apelado contra la conclusión del Grupo Especial de que la medida infringe el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994³⁰, por lo que no nos ocupamos de esa cuestión en la presente apelación.

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"), WT/DS58/RW, 15 de junio de 2001.

²⁷ En respuesta a nuestras preguntas en la audiencia, los Estados Unidos manifestaron que:

La medida en litigio en la presente apelación sería el artículo 609 en la forma en que se aplica actualmente en virtud de las directrices [de los Estados Unidos] actualmente en vigor.

En respuesta a la misma pregunta, Malasia declaró que:

La posición de Malasia es que las Directrices Revisadas de 1999, que son las directrices para la puesta en vigor y aplicación del artículo 609, son la medida en litigio.

²⁸ El Grupo Especial declaró lo siguiente:

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.

(informe del Grupo Especial, nota 154 del párrafo 5.1)

²⁹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 5.137.

³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.23.

82. Malasia no ha apelado contra la conclusión del Grupo Especial de que el artículo 609 está provisionalmente justificado a tenor del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.³¹ Además, Malasia confirmó en la audiencia de la presente apelación que tampoco había apelado contra la conclusión del Grupo Especial de que la medida en litigio no se aplica de una manera que constituya "una restricción encubierta al comercio internacional" en el sentido del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994.³² En consecuencia, no nos ocupamos de ninguna de esas cuestiones en la presente apelación.

V. Mandato

83. La primera cuestión que plantea Malasia en la presente apelación es si el Grupo Especial examinó adecuadamente la medida de los Estados Unidos destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Camarones*. Malasia aduce que el Grupo Especial limitó inadecuadamente su análisis a las recomendaciones y resoluciones del OSD, con lo que no cumplió el mandato que le encomienda el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, debido a que no examinó la compatibilidad de la medida de aplicación de los Estados Unidos con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994. Malasia aduce asimismo que el Grupo Especial incurrió en error al basar totalmente su análisis en nuestro informe en *Estados Unidos - Camarones*.

84. La apelación de Malasia a este respecto apunta a lo esencial que un grupo especial está obligado a hacer en los procedimientos sustanciados en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que establece, en la parte pertinente, lo siguiente:

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible del Grupo Especial que haya entendido inicialmente en el asunto.

85. En *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* ("*Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*"), analizamos un aspecto de la función de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En ese asunto, el Grupo Especial se abstuvo de examinar un argumento del Brasil

³¹ *Ibid.*, párrafo 5.42.

³² Las constataciones del Grupo Especial al respecto figuran en el párrafo 5.144 de su informe. En la audiencia, señalamos que en su comunicación del apelante Malasia no había hecho ninguna referencia a las constataciones del Grupo Especial con respecto a si la medida de los Estados Unidos se había aplicado en una manera que constituyera "una restricción encubierta al comercio internacional" y pedimos a Malasia que confirmara que no apelaba contra esas constataciones. Malasia así lo hizo.

basándose en que "no formaba parte" del razonamiento del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y "no era pertinente a la presente diferencia, cuyo objeto es determinar si el Canadá ha aplicado o no la recomendación del OSD".³³ Discrepamos de esa resolución e indicamos lo siguiente:

De ello se desprende que la función del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 consistía, en este caso, en determinar si la nueva medida -el programa revisado del TPC- era compatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

En consecuencia, al llevar a cabo su examen de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, un grupo especial no tiene que limitarse a examinar las "medidas destinadas a cumplir" las recomendaciones y resoluciones desde la perspectiva de las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas relativos a la medida que fue objeto del procedimiento inicial. Aunque todos esos elementos pueden ser en cierta medida pertinentes a los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, esos procedimientos se refieren, en principio, no a la medida inicial, sino a una medida nueva y distinta que no fue sometida al grupo especial que entendió inicialmente en el asunto [...].³⁴

Declaramos, además, lo siguiente:

De hecho, la utilidad del examen previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD quedaría gravemente menoscabada si un grupo especial estuviera obligado a examinar la nueva medida desde la perspectiva de las alegaciones, los argumentos y las circunstancias fácticas relativas a la medida inicial, por cuanto un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no podría en tal caso examinar plenamente la "compatibilidad con un acuerdo abarcado" de las "medidas destinadas a cumplir" las recomendaciones y resoluciones, como exige ese precepto.³⁵

86. Como nos pronunciamos en nuestro informe *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*, los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD no se refieren, en principio, a la medida inicial, sino a una medida nueva y distinta que no fue sometida al grupo especial que entendió inicialmente en el asunto. En consecuencia "al llevar a cabo su examen de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, un grupo especial no tiene que limitarse a examinar la[s] 'medida[s] destinada[s] a cumplir' las recomendaciones y resoluciones desde la perspectiva de las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas relativos a la medida que fue objeto del procedimiento inicial".³⁶

³³ Informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párrafo 39.

³⁴ *Ibid.*, párrafos 40-41.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 41.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, nota 33, párrafo 41.

87. Cuando la cuestión de que se trata es la compatibilidad de una nueva medida "destinada a cumplir" las recomendaciones y resoluciones³⁷, la función de un grupo especial en un asunto sometido a él por el OSD para que sea objeto de un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, consiste en examinar esa nueva medida en su integridad. El cumplimiento de esa función requiere que el grupo especial considere tanto la medida en sí misma como la forma de aplicarla. Como establece claramente el título del artículo 21, la función de los grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 forma parte del proceso de "*Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones*" del OSD. A tal efecto, la función de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 consiste en examinar la "compatibilidad [...] con un acuerdo abarcado" de "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD. Esa función viene delimitada por las alegaciones concretas formuladas por el reclamante cuando el OSD somete el asunto a un grupo especial para que sea objeto de un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. No forma parte de la función de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 ocuparse de una alegación que no haya sido formulada.

88. Malasia se basa en la presente apelación en nuestra resolución en el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*. Entendemos que Malasia aduce, basándose en parte en ella, que el Grupo Especial estaba obligado en este caso a examinar la *totalidad* de la medida de los Estados Unidos y a evaluar su compatibilidad con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994. Es cierto que esa es una función del grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, pero, como hemos declarado, no forma parte de la función de un grupo especial ir más allá de las alegaciones concretas que se hayan formulado con respecto a la compatibilidad de una nueva medida con un acuerdo abarcado cuando el OSD somete un asunto para que sea objeto de un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Así pues, en el presente asunto no habría sido procedente que el Grupo Especial examinase una alegación que *no* había sido formulada por Malasia cuando solicitó que el OSD sometiera este asunto a un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

89. Con respecto a una alegación que *haya* sido formulada cuando el OSD somete un asunto para que sea objeto de un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, Malasia parece sugerir que para determinar la compatibilidad con la OMC, un grupo especial debe reexaminar incluso aquellos aspectos de una nueva medida que formaban parte de una medida anterior objeto de una

³⁷ En oposición a la cuestión de la "existencia de medidas destinadas a cumplir [...]", lo que no está en litigio en el presente procedimiento.

diferencia, aspectos que en esa diferencia el Órgano de Apelación consideró *compatibles con la OMC* y que subsisten sin modificaciones como parte de la nueva medida.

90. Al examinar este argumento, analizamos lo que hizo el Grupo Especial en este caso al cumplir la función encomendada por el ESD. Como hemos dicho, al examinar el asunto que le había sido sometido por el OSD para que se siguiera el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial estaba obligado a analizar la nueva medida en su totalidad y la aplicación de la misma. En este caso, la cuestión de si el Grupo Especial cumplió o no esta obligación se plantea a raíz del tratamiento dado por el Grupo Especial a una parte de la nueva medida que también formaba parte de la medida inicial objeto del procedimiento inicial: el artículo 609.

91. El artículo 609 -una norma jurídica estadounidense promulgada por el Congreso de los Estados Unidos- es un elemento común tanto de la medida inicial en litigio en el asunto y la apelación anteriores como de la nueva medida en litigio en el asunto y la apelación presentes. Dado que el artículo 609 forma parte de la nueva medida, no está exento del examen en el marco del párrafo 5 del artículo 21. No obstante, hay que recordar que, en el asunto anterior, constatamos que el artículo 609 era acreedor a una "justificación provisional" al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. Hay que recordar asimismo que, en ese asunto, las deficiencias que constatamos en la *aplicación* por los Estados Unidos de la medida inicial y que privaban a esa medida inicial de la posibilidad de beneficiarse de la excepción prevista en el artículo XX del GATT de 1994 no tenían relación con el propio artículo 609. Esas deficiencias se relacionan con las directrices iniciales promulgadas por el Departamento de Estado de los Estados Unidos para poner en vigor el artículo 609 y con la práctica seguida por los Estados Unidos al aplicar dichas directrices a los Miembros de la OMC.

92. En su análisis de la compatibilidad del artículo 609 en este nuevo asunto, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

El Grupo Especial considera que se han de examinar dos cuestiones a fin de determinar si la medida de aplicación cumple las prescripciones del apartado 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 apartado g) del artículo XX. 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*, esto es la *caracterización* de la medida en el marco del apartado g) del artículo XX. Esto supone que, en tanto la medida de aplicación que tiene ante sí el Grupo Especial sea idéntica a la medida examinada por el Órgano de Apelación en relación con el apartado g) del

artículo XX, no debemos llegar a una conclusión distinta de la del Órgano de Apelación.³⁸ (No se reproduce la nota de pie de página.)

El Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

[...] los Estados Unidos no modificaron el artículo 609 al dictar las directrices de aplicación revisadas. Por ende, concluimos que, como el artículo 609 propiamente dicho no ha sido modificado, las constataciones del Órgano de Apelación acerca del apartado g) siguen siendo válidas, y la compatibilidad del artículo 609 como tal con las prescripciones del apartado g) también sigue siendo válida, en la medida en que las Directrices Revisadas no modifican la *interpretación* que debe darse al artículo 609 a ese respecto. No tenemos prueba alguna de la que las Directrices Revisadas hayan modificado de algún modo el significado del artículo 609 con respecto a los requisitos del apartado g), según la interpretación del Órgano de Apelación.³⁹

93. Estamos de acuerdo con las declaraciones precedentes. No cabe duda de que el texto del artículo 609 no ha sido modificado desde el primer asunto. El Congreso de los Estados Unidos no ha modificado dicha norma. Además, el significado del artículo 609 no ha sido modificado por la decisión del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("CIT") en el asunto *Turtle Island Restoration Network, et al. v. Robert L. Mallett, et al.* (asunto "Turtle Island").⁴⁰

94. La resolución del CIT en el asunto *Turtle Island* se refería a las Directrices Revisadas: esa resolución no modificó la interpretación del artículo 609. Además, como manifestó el Grupo Especial, la resolución dictada en el asunto *Turtle Island* tiene carácter declarativo: el CIT no ha ordenado al Departamento de Estado de los Estados Unidos que modifique el contenido o la interpretación de las Directrices Revisadas; en la interpretación jurídica de las autoridades estadounidenses encargadas de exigir su cumplimiento, las Directrices Revisadas siguen siendo las mismas.⁴¹ Al examinar la medida de los Estados Unidos, el Grupo Especial tuvo en cuenta, acertadamente, a la situación del derecho interno en ese momento. En especial, el Grupo Especial tomó nota de que la resolución del CIT en el asunto *Turtle Island* no había modificado el contenido de las Directrices Revisadas ni había impedido al Gobierno de los Estados Unidos autorizar la importación de camarones capturados con utilización de DET procedentes de países que no habían obtenido certificación. En respuesta a nuestras preguntas en la audiencia, los Estados Unidos confirmaron que el Departamento de Estado no ha recibido ninguna orden del CIT de modificar su

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.39.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 5.41.

⁴⁰ 110 *Fed. Supp.* 2d 1005 (CIT, 2000). Véase, informe del Grupo Especial, párrafo 5.109.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.109.

práctica y, que, en consecuencia, continúa aplicando como antes las Directrices Revisadas.⁴² Malasia no ha demostrado lo contrario.

95. No hay ninguna forma de conocer o prever cuándo o cómo concluirá en los Estados Unidos este procedimiento judicial concreto. Ha habido una apelación en el asunto *Turtle Island*, y es posible que éste llegue al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.⁴³ Habría sido puramente especulativo por parte del Grupo Especial prever cuándo o cómo podría concluir este asunto o suponer que en último término se dictaría una orden judicial y que el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos o el Tribunal Supremo de los Estados Unidos obligaría en última instancia al Departamento de Estado a modificar las Directrices Revisadas. El Grupo Especial actuó correctamente al no permitirse tales especulaciones, lo que hubiera sido contrario a la obligación que impone a los grupos especiales el artículo 11 del ESD de hacer "una evaluación objetiva del asunto [...] que incluya una evaluación objetiva de los hechos".

96. Así pues, como hemos visto, el Grupo Especial examinó adecuadamente el artículo 609 como parte de su examen de la totalidad de la nueva medida, constató correctamente que el artículo 609 no había sido modificado desde el procedimiento inicial y concluyó acertadamente que, en consecuencia, nuestra resolución en el asunto *Estados Unidos - Camarones* con respecto a la compatibilidad del artículo 609 sigue siendo válida.

97. Deseamos recordar que, como indica el título del artículo 21, el procedimiento de los grupos especiales de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD forma parte del proceso de "vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones" del OSD, lo que comprende también los informes del Órgano de Apelación. Por supuesto, es necesario respetar el derecho de los Miembros de la OMC a recurrir a las disposiciones del ESD, incluido el párrafo 5 del artículo 21. Aun así, hay que tener también presente que el párrafo 14 del artículo 17 del ESD no sólo establece que los informes del Órgano de Apelación "serán adoptados" por consenso por el OSD, sino también que esos informes serán "aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia. ..." Por tanto, los

⁴² Los Estados Unidos expusieron lo siguiente:

No estimamos que la decisión del tribunal en el litigio modifique la medida. La medida está integrada por el precepto legal y las directrices. En los Estados Unidos hay un litigio y controversia acerca de lo que podrían ser esas directrices. A pesar de ello, las directrices se mantienen hasta ahora y se mantendrán en un futuro previsible. Son las normas aplicables. Determinan lo que ocurre en los puertos.

(Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia.)

⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.109.

informes del Órgano de Apelación que son adoptados por el OSD son, como estipula el párrafo 14 del artículo 17, "aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia", y en consecuencia, deben ser considerados por las partes en una diferencia concreta como la resolución definitiva de ella. A este respecto, recordamos, asimismo, que el párrafo 3 del artículo 3 del ESD declara que la "pronta solución" de las diferencias "es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC".

98. En consecuencia, en lo que respecta al examen de la medida en litigio en la presente apelación, la función del Grupo Especial en relación con el artículo 609, como parte de esa nueva medida, se limitaba a examinar su *aplicación*. Más concretamente, la función del Grupo Especial en lo que respecta al artículo 609 consistía en decidir si dicho artículo había sido *aplicado* por los Estados Unidos en forma que constituyera "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" con infracción de lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994. Así pues, dada la estructura de la nueva medida, la función del Grupo Especial consistía en determinar si el artículo 609 había sido *aplicado* por los Estados Unidos, en virtud del texto de las Directrices Revisadas o de la aplicación de esas Directrices, en forma que constituyera un medio "de discriminación arbitrario o injustificable".

99. Esto es precisamente lo que el Grupo Especial hizo en este asunto. En consecuencia, consideramos que el Grupo Especial cumplió adecuadamente la función que le encomendaba el ESD.

100. Con respecto al mandato, Malasia aduce que el Grupo Especial se limitó inadecuadamente a un examen de si la nueva medida daba o no cumplimiento a las resoluciones y recomendaciones del OSD y, más concretamente, a las resoluciones del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD en el asunto anterior relativo a la medida inicial. En apoyo de su argumento, Malasia cita diversos pasajes escogidos del informe del Grupo Especial.⁴⁴

101. A nuestro juicio, una lectura del informe del Grupo Especial, considerado en su conjunto, no apoya la tesis de Malasia. En efecto, el Grupo Especial parece haber hecho precisamente lo contrario de lo que ese país afirma. Por ejemplo, observamos que, al identificar su mandato, el Grupo Especial citó expresamente el texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD⁴⁵, así como nuestro informe en el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*.⁴⁶

⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.2. Malasia se remite a la nota 211 del párrafo 5.66 y a los párrafos 5.116, 5.120, 5.125 y 5.134 del informe del Grupo Especial.

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.7.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 5.8. Tras citar nuestro informe en el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

102. El Grupo Especial declaró a continuación lo siguiente:

El mandato de este Grupo Especial no es distinto del mandato uniforme aplicado en otros casos relativos al párrafo 5 del artículo 21. A la luz del razonamiento del Órgano de Apelación mencionado anteriormente, el Grupo Especial considera que está plenamente autorizado para tratar todas las alegaciones formuladas por Malasia a tenor del artículo XI y del artículo XX del GATT de 1994, se hayan formulado o no esas alegaciones, argumentos y hechos que lo respaldan ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y en el procedimiento del Órgano de Apelación *siempre que*, como ha recordado el Grupo Especial en el asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Canadá*, las alegaciones se identifiquen en la solicitud de que se someta el asunto a un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁴⁷ (No se reproducen las notas de pie de página.)

103. Además, en su análisis, el Grupo Especial examinó la alegación de Malasia de que la nueva medida adoptada por los Estados Unidos seguía infringiendo lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, y declaró lo siguiente:

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

A la luz del razonamiento del Órgano de Apelación [en *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*], el Grupo Especial considera que está plenamente autorizado para tratar todas las alegaciones formuladas por Malasia a tenor del artículo XI y del artículo XX del GATT de 1994, se hayan formulado o no esas alegaciones, argumentos y hechos que los respaldan ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y en el procedimiento del Órgano de Apelación [...]

(*Ibid.*, párrafo 5.9)

Estamos de acuerdo con esta conclusión del Grupo Especial. En cambio, no coincidimos con la interpretación que hace Malasia de nuestro informe en el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*. Como manifiestan los Estados Unidos: "la cuestión que se dilucidaba en *Canadá - Aeronaves* era si el Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 debía limitarse a las cuestiones examinadas en el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y en el procedimiento del Órgano de Apelación, y el Órgano de Apelación constató que el ESD no establece una limitación de esa naturaleza". (No se reproduce la nota de pie de página.) (Estados Unidos, comunicación del apelado, párrafo 11) Con respecto a este asunto, los Estados Unidos señalan lo siguiente: "el informe del Grupo Especial no establece ninguna limitación al examen de los argumentos de Malasia". (Estados Unidos, comunicación del apelado, párrafo 13) En este punto, coincidimos con los Estados Unidos. El Grupo Especial examinó en este caso todos los argumentos de Malasia, y no se abstuvo de examinar el contenido sustantivo de ningún argumento basándose en que no se hubiera formulado ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto o ante el Órgano de Apelación.

⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.9.

Unidos no cuestionan el hecho de que aplican tal prohibición de importación. Consideramos que la prohibición en cuestión queda incluida entre las "prohibiciones [o] restricciones", "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" mantenidas por un Miembro sobre la importación de un producto procedente de otro Miembro, lo que contraviene lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI.

Por lo tanto, el Grupo Especial concluye que la medida adoptada por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el caso presente *infringe el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994*.⁴⁸ (Sin cursivas en el original.)

104. El Grupo Especial examinó a continuación la justificación provisional, en virtud del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, del artículo 609, que había constatado correctamente que no se había modificado, en los siguientes términos:

En consecuencia, al examinar los argumentos de los Estados Unidos, determinaremos en primer lugar la compatibilidad de la medida de aplicación a tenor del apartado g) del artículo XX. Si constatamos que la medida de aplicación está "justificada provisionalmente" en virtud del apartado g), procederemos a examinar si la medida se aplica *en conformidad con el preámbulo del artículo XX*.⁴⁹ (Sin cursivas en el original.)

...

Por consiguiente, concluimos que la medida de aplicación está provisionalmente justificada *al amparo del apartado g) del artículo XX*. Procederemos a examinar la segunda parte del método 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".⁵⁰ (Sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página.)

105. Este análisis pone claramente de manifiesto que el Grupo Especial entendió adecuadamente el ámbito de su mandato. Además, el examen por el Grupo Especial de si la medida aplicada por los Estados Unidos constituye "una restricción encubierta al comercio internacional" en el sentido del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994, demuestra que el Grupo Especial comprendió perfectamente el alcance de su mandato. El Grupo Especial declaró lo siguiente:

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 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

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 5.22-5.23.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 5.28.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 5.42.

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.⁵¹

106. Así pues, el Grupo Especial examinó la medida a la luz de las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y, al hacerlo, hizo numerosas referencias tanto a la existencia o no de una infracción del GATT de 1994 como a si, esa infracción estaba, no obstante, justificada al amparo del artículo XX. En consecuencia, al leer el informe del Grupo Especial en su conjunto, no encontramos en él nada que apoye el argumento de Malasia de que el Grupo Especial examinó la nueva medida aplicada por los Estados Unidos *exclusivamente* a la luz de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

107. Malasia muestra también su disconformidad con las frecuentes referencias que hace el Grupo Especial a nuestros razonamientos en el informe sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*. Los razonamientos contenidos en nuestro informe en *Estados Unidos - Camarones*, en los que se basó el Grupo Especial, no eran *dicta*, sino que eran esenciales para nuestra resolución. El Grupo Especial procedió acertadamente al utilizarlos y al basarse en ellos. Tampoco son sorprendentes las frecuentes referencias que hace el Grupo Especial a nuestro informe en *Estados Unidos - Camarones*. De hecho cabía prever que el Grupo Especial las hiciera. El Grupo Especial tenía, forzosamente, que tomar en consideración nuestras opiniones sobre esta cuestión, por cuanto habíamos revocado en algunos aspectos las constataciones al respecto del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, y, lo que es aún más importante, habíamos proporcionado una orientación interpretativa para futuros grupos especiales, como el Grupo Especial que se ocupó del presente asunto.

108. A este respecto, señalamos que en nuestro informe en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* declaramos lo siguiente:

Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia.⁵²

⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.138.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, DSR 1996:I, 97, página 108.

109. El razonamiento precedente es asimismo aplicable a los informes adoptados del Órgano de Apelación. En consecuencia, el Grupo Especial no incurrió en error al tener en cuenta el razonamiento expuesto en un informe adoptado del Órgano de Apelación -un informe que, además, era directamente pertinente al trato dado por el Grupo Especial a las cuestiones que se le habían sometido-. El Grupo Especial actuó correctamente al utilizar nuestras constataciones como instrumento para formular su propio razonamiento. Además, no encontramos indicios de que, al hacerlo, el Grupo Especial se limitara simplemente a examinar la nueva medida desde la perspectiva de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

110. En consecuencia, constatamos que el Grupo Especial cumplió adecuadamente el mandato que le encomienda el párrafo 5 del artículo 21 del ESD de examinar la compatibilidad de la medida de los Estados Unidos destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Camarones* con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994.

VI. Preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

111. La segunda cuestión que se plantea en la presente apelación es si el Grupo Especial incurrió o no en error al constatar que la nueva medida en litigio se aplica de una manera que ya no constituye un medio de "discriminación injustificable o arbitrario entre los países en los que prevalecen las mismas condiciones" y está comprendida, por tanto, en el ámbito de las medidas permitidas en virtud del artículo XX del GATT de 1994.⁵³

112. En su anuncio de apelación, Malasia apela contra la constatación del Grupo Especial de que "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 Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral."⁵⁴ En su comunicación del apelante, Malasia ha expuesto seis elementos de desacuerdo con respecto al razonamiento y las constataciones del Grupo Especial, que han llevado a Malasia a la conclusión de que, a pesar de las modificaciones introducidas por los Estados Unidos en la medida inicial, siguen existiendo en la forma en que la nueva medida es aplicada por los Estados Unidos elementos de "discriminación arbitraria o injustificable".

⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.137.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 6.1.

113. Malasia aduce lo siguiente:

- el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que nuestra anterior resolución en *Estados Unidos - Camarones* imponía a los Estados Unidos la obligación de *negociar* en lugar de *concluir* un acuerdo internacional⁵⁵;
- la constatación del Grupo Especial lleva "al resultado absurdo de que cualquier Miembro de la OMC podría ofrecerse a celebrar negociaciones de buena fe sobre un acuerdo que recogiera los estándares establecidos por él unilateralmente antes de alegar que su medida estaba justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994, y alegar, aun en caso de que no llegara a concluirse un acuerdo, que la medida de aplicación de los estándares unilaterales no podía constituir una discriminación injustificable"⁵⁶;
- el Grupo Especial incurrió en error al concluir que la Convención Interamericana puede considerarse razonablemente como una "referencia" de lo que puede lograrse mediante negociaciones multilaterales en la esfera de la protección y conservación⁵⁷;
- el Grupo Especial interpretó erróneamente la utilización por el Órgano de Apelación de la expresión "medidas de una eficacia comparable a las de los Estados Unidos" al deducir que el Órgano de Apelación aceptó la legitimidad de esas "medidas comparables"⁵⁸;
- el Grupo Especial incurrió en error al concluir que las Directrices Revisadas son suficientemente flexibles, aun cuando no tienen expresamente en cuenta las condiciones específicas existentes en Malasia⁵⁹; y
- el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la resolución del CIT en el asunto *Turtle Island* y, por ende, en su conclusión acerca de la validez jurídica de las partes de las Directrices Revisadas que permiten la importación de camarones

⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.10 b) i).

⁵⁶ Resumen ejecutivo de la comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 2 b) ii).

⁵⁷ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.13.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafos 3.17-3.18. Véase también, Resumen ejecutivo de la comunicación del apelante presentado por Malasia, párrafo 2(iv).

⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafos 3.20-3.21.

capturados con utilización de DET procedentes de países pesqueros que no han obtenido certificación.⁶⁰

114. Los primeros tres argumentos de Malasia afectan a la naturaleza y alcance de la obligación de los Estados Unidos de procurar la cooperación internacional en la esfera de la protección y la conservación de las especies amenazadas de tortugas marinas. Los últimos tres se refieren a la flexibilidad de las Directrices Revisadas. Nos ocuparemos en nuestro análisis de cada uno de los argumentos formulados por Malasia.

A. *Naturaleza y alcance de la obligación de los Estados Unidos de procurar la cooperación internacional en la esfera de la protección y conservación de las tortugas marinas*

115. Malasia afirmó ante el Grupo Especial que los Estados Unidos deberían haber negociado y *concluido* un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas antes de imponer una prohibición de las importaciones. Adujo que "al seguir aplicando una medida unilateral después de vencido el plazo prudencial sin que se hubiera concluido un acuerdo internacional, los Estados Unidos dejaron de cumplir sus obligaciones dimanantes del GATT de 1994".⁶¹ Los Estados Unidos contestaron que habían realizado esfuerzos serios y de buena fe para negociar y *concluir* un acuerdo multilateral sobre la conservación de las tortugas marinas del que fueran parte tanto Malasia como los Estados Unidos, y que, sobre la base de nuestra resolución anterior, debía considerarse que esos esfuerzos, que se habían detallado y acreditado ante el Grupo Especial, eran suficientes para cumplir los requisitos del preámbulo del artículo XX. El Grupo Especial constató lo siguiente:

... El Grupo Especial recuerda en primer lugar que el Órgano de Apelación consideró que "el *hecho de que los Estados Unidos no han emprendido con los apelados*, así como con otros Miembros que exportan camarones a los Estados Unidos, negociaciones serias y globales *con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales* para la protección y conservación de las tortugas marinas, *antes de poner en aplicación la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos otros Miembros*" tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una discriminación es justificable o injustificable en el sentido del preámbulo del artículo XX. A juzgar por los términos empleados, nos parece que el Órgano de Apelación se refería a una negociación y no a la concertación de un acuerdo. Si el Órgano de Apelación hubiera considerado que se debía concertar un acuerdo antes de que los Estados Unidos pudieran adoptar alguna medida, no habría utilizado la expresión "con el objetivo"; habría simplemente declarado que se debía concertar un acuerdo.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafos 3.22-3.25.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.1.

...

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

...

Entendemos que las constataciones del Órgano de Apelación significan que los Estados Unidos tienen la obligación de realizar esfuerzos serios y de buena fe para abordar la cuestión de la protección y conservación de las tortugas marinas en el plano internacional. Somos conscientes del carácter potencialmente subjetivo del concepto de esfuerzos serios y de buena fe y de las dificultades que puede plantear la aplicación de tal criterio en la práctica.⁶² (No se reproducen las notas de pie de página.)

116. Malasia apela contra estas constataciones del Grupo Especial. Según Malasia, para cumplir los requisitos del preámbulo del artículo XX no basta demostrar que se han realizado esfuerzos serios y de buena fe para *negociar* un acuerdo internacional para la protección y conservación de las tortugas marinas.⁶³ Malasia sostiene que lo que exige el preámbulo es en cambio la *conclusión* de tal acuerdo internacional. Según entiende Malasia, las observaciones y comentarios pertinentes que hicimos en *Estados Unidos - Camarones* y de las que podría deducirse lo contrario constituyen *dicta* de nuestro anterior informe.⁶⁴ Basándose en ello, Malasia aduce que el Grupo Especial utilizó inadecuadamente ese informe para tratar de justificar su tesis de que la realización de esfuerzos serios y de buena fe basta por sí sola para cumplir los requisitos del preámbulo.⁶⁵ Además, Malasia sostiene que el Grupo

⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 5.63, 5.67 y 5.76.

⁶³ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.11.

⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafos 3.10 y 3.11.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 3.11.

Especial interpretó erróneamente nuestro informe en lo que respecta a la Convención Interamericana y que, en consecuencia, no utilizó adecuadamente esa Convención en su análisis.⁶⁶

117. El preámbulo del artículo XX dice lo siguiente:

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

118. El preámbulo del artículo XX establece tres criterios en relación con la *aplicación* de medidas para las que puede buscarse justificación en el artículo XX: en primer lugar, es necesario que no haya una discriminación "arbitraria" entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones; en segundo lugar, no debe haber una discriminación "injustificable" entre dichos países; y, en tercer lugar, no debe haber una "restricción encubierta al comercio internacional".⁶⁷ Las constataciones del Grupo Especial contra las que apela Malasia son las relativas al primero y al segundo de estos tres criterios.⁶⁸

119. Del texto del preámbulo se desprende claramente que esos dos criterios impiden a un Miembro aplicar una medida justificada provisionalmente al amparo de un apartado del artículo XX en una forma que dé lugar a una "discriminación arbitraria o injustificable".⁶⁹ En *Estados Unidos - Camarones*, declaramos que la medida en litigio en ese asunto daba lugar a una "discriminación injustificable" debido en parte a que, al aplicarla, los Estados Unidos daban un trato diferente a Miembros de la OMC. Los Estados Unidos habían adoptado un enfoque de cooperación con Miembros de la OMC de la región del Caribe y el Atlántico Occidental, con los que habían concertado un acuerdo multilateral sobre la protección y conservación de las tortugas marinas, a saber, la Convención Interamericana. Sin embargo, según constatamos, no habían continuado la negociación de un acuerdo multilateral de esa naturaleza con otros Miembros exportadores, incluidos Malasia y los demás Miembros de la OMC reclamantes en ese asunto.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 3.13.

⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 24, párrafo 150; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, ("Estados Unidos - Gasolina"), WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, DSR 1996:I, 3, páginas 21-22.

⁶⁸ El Grupo Especial formuló también constataciones acerca de la restricción encubierta al comercio, pero esas constataciones no han sido objeto de apelación. Informe del Grupo Especial, párrafos 5.138 a 5.144.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 24, párrafos 156 y 160; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, *supra*, nota 67, páginas 21-22.

120. Además, en ese informe observamos que el artículo 609, que formaba parte de la medida inicial y sigue siendo parte de la nueva medida en litigio en la presente apelación, insta al Secretario de Estado de los Estados Unidos a "iniciar, a la mayor brevedad posible, negociaciones encaminadas a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países para la protección y conservación de las [...] tortugas marinas" y a "iniciar negociaciones a la mayor brevedad posible con todos los gobiernos extranjeros que llevan a cabo operaciones de pesca comercial [...] al efecto de concertar tratados bilaterales y multilaterales con esos países para proteger dichas especies".⁷⁰ En esa apelación llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos habían incumplido la obligación legal que les impone el artículo 609.

121. En esa apelación señalamos lo siguiente:

Además de la negociación de la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas [...] que concluyó en 1996, los antecedentes que tuvo ante sí el Grupo Especial no incluían ningún intento serio y sustancial de cumplir estas instrucciones expresas del Congreso.⁷¹ (No se reproducen las notas de pie de página.)

También declaramos:

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.⁷²

122. En *Estados Unidos - Camarones* llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos, para evitar una "discriminación arbitraria o injustificable", tenían que proporcionar a todos los países exportadores "oportunidades similares para negociar" un acuerdo internacional. Dado el mandato específico del artículo 609 y la decidida preferencia por enfoques multilaterales proclamada por los Miembros de la OMC y por otros países de la comunidad internacional en diversos acuerdos internacionales para la protección y conservación de las especies amenazadas de tortugas marinas que se citaban en nuestro anterior informe, cabría esperar, en nuestra opinión, que los Estados Unidos realizaran esfuerzos de buena fe para alcanzar acuerdos internacionales comparables en uno u otro foro de negociación. No es necesario que las negociaciones sean idénticas. En efecto no hay nunca dos negociaciones idénticas o que lleven a resultados idénticos. Sin embargo, es necesario que las

⁷⁰ Artículo 609(a). Véase también informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 24, párrafo 167.

⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, nota 24, párrafo 167.

⁷² *Ibid.*, párrafo 172.

negociaciones sean *comparables* en el sentido de que se realicen esfuerzos comparables, se inviertan recursos comparables y se dediquen energías comparables para conseguir un acuerdo internacional. En la medida en que se hayan realizado esfuerzos comparables, es más probable que se evite la "discriminación arbitraria o injustificable" entre los países cuando un Miembro importador concluya un acuerdo con un grupo de países pero no con otro.

123. Con arreglo al preámbulo del artículo XX, un Miembro importador no puede tratar a sus interlocutores comerciales en una forma que constituya una "discriminación arbitraria o injustificable". Con respecto a esta medida, cabe la posibilidad de que los Estados Unidos respetaran esta obligación y no obstante no hubiera sido posible la conclusión de un acuerdo internacional a pesar de los esfuerzos serios y de buena fe de los Estados Unidos. El hecho de exigir que los Estados Unidos *concluyeran* un acuerdo multilateral para evitar una "discriminación arbitraria o injustificable" al aplicar su medida significaría que cualquier país parte en las negociaciones con los Estados Unidos, Miembro o no de la OMC, habría tenido en la práctica un derecho de veto sobre la posibilidad de que los Estados Unidos cumplieran sus obligaciones en el marco de la OMC. Una prescripción de esa naturaleza no sería razonable. Por diversas razones, puede resultar posible concluir un acuerdo con un grupo de países y no con otro. La conclusión de un acuerdo multilateral exige la cooperación y el compromiso de muchos países. A nuestro juicio, no puede sostenerse que los Estados Unidos hayan incurrido en una "discriminación arbitraria o injustificable" en el sentido del artículo XX por la única razón de que una negociación internacional haya tenido como resultado un acuerdo y otra no.

124. Como declaramos en *Estados Unidos – Camarones*, "la protección y conservación de especies altamente migratorias de tortugas marinas [...] exige esfuerzos de concertación y colaboración por parte de los muchos países cuyas aguas son atravesadas reiteradamente con ocasión de las migraciones de tortugas marinas".⁷³ Además, "la necesidad y conveniencia de tales esfuerzos han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales".⁷⁴ Por ejemplo, el Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece, entre otras cosas que "las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional".⁷⁵ Resulta claro que hay una marcada preferencia "en la medida de lo posible" por un enfoque multilateral. No obstante, una cosa es que sea *preferible* un enfoque multilateral en la aplicación de una medida que esté justificada provisionalmente al amparo

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, nota 24, párrafo 168.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

de uno de los párrafos del artículo XX del GATT de 1994 y otra que se exija la *conclusión* de un acuerdo multilateral como condición para evitar la "discriminación arbitraria o injustificable" en el sentido del preámbulo del artículo XX. No consideramos que en el presente caso haya una exigencia de esa naturaleza.

125. Malasia discrepa también de determinadas declaraciones formuladas por el Grupo Especial con respecto a la Convención Interamericana. El Grupo Especial constató lo siguiente:

En lo que respecta a la falta de negociación o negociación insuficiente con algunos Miembros en comparación con otros, la referencia del Órgano de Apelación a la Convención Interamericana demuestra que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para negociar con los reclamantes antes de imponer la medida inicial fueron en gran medida insuficientes. La Convención Interamericana fue negociada con carácter de acuerdo vinculante y entró en vigor el 2 de mayo de 2001. Concluimos que la Convención Interamericana puede considerarse razonablemente como una referencia de lo que puede lograrse mediante negociaciones multilaterales en la esfera de la protección y conservación. Aunque estamos de acuerdo en que las circunstancias fácticas pueden ejercer influencia en la duración del proceso o en el resultado final, consideramos que todo esfuerzo del que se alega que es un "esfuerzo serio y de buena fe" se debe valorar en comparación con los esfuerzos realizados para la concertación de la Convención Interamericana.⁷⁶

126. Malasia sostiene que el término "referencia" utilizado por el Grupo Especial tiene la connotación de un "estándar jurídico" y afirma que no hay nada en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos – Camarones* que indique que la Convención Interamericana tenga la condición de un estándar jurídico.⁷⁷ Malasia considera que hay diferencia entre una "referencia", que tendría el valor de un "estándar jurídico" y un "ejemplo", que no tendría ese valor.⁷⁸

127. Conviene recordar la forma en que consideramos la Convención Interamericana en *Estados Unidos - Camarones*. En ese asunto declaramos lo siguiente:

La Convención Interamericana constituye, por consiguiente, una demostración convincente de que los Estados Unidos disponían razonablemente de vías alternativas para lograr el objetivo legítimo de política ambiental de la medida por ellos aplicada, vías diferentes de los procedimientos unilaterales y no consensuales que caracterizan la prohibición de las importaciones impuesta al amparo del artículo 609. Conviene señalar que la prohibición de las importaciones constituye generalmente el "arma" más pesada dentro del arsenal de medidas comerciales a las que pueden recurrir los

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.71.

⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.13.

⁷⁸ *Ibid.*

Miembros. Con todo, no hay constancia de que los Estados Unidos hayan realizado serios esfuerzos para negociar acuerdos similares con ningún otro país o grupo de países antes (ni, a juzgar por los datos disponibles, después) de aplicarse el artículo 609 sobre una base mundial el 1º de mayo de 1996. Por último, tampoco hay constancia de que el apelante, los Estados Unidos, haya tratado de recurrir a los mecanismos internacionales existentes que permiten realizar esfuerzos conjuntos para proteger y conservar las tortugas marinas antes de imponer la prohibición de las importaciones.⁷⁹

128. Así pues, en el asunto anterior, al examinar la medida inicial, nos basamos en la Convención Interamericana en dos sentidos. En primer lugar, la utilizamos para poner de manifiesto que "se dispone de procedimientos consensuales y multilaterales para el establecimiento de programas para la conservación de las tortugas marinas".⁸⁰ Dicho de otro modo, consideramos que la Convención Interamericana constituye una prueba de que estaba razonablemente al alcance de los Estados Unidos una línea de acción alternativa, basada en la cooperación y en el consenso. En segundo lugar utilizamos la Convención Interamericana para poner de relieve la existencia de una "discriminación injustificable". La Convención fue fruto de esfuerzos serios y de buena fe para negociar un acuerdo regional sobre la protección y conservación de las tortugas, incluidos los esfuerzos de los Estados Unidos. En el procedimiento inicial, apreciamos un claro contraste entre los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para concluir la Convención Interamericana y la inexistencia de esfuerzos serios de ese país para negociar otros acuerdos similares con otros Miembros de la OMC, y llegamos a la conclusión de que la disparidad de los esfuerzos destinados a la negociación de un acuerdo internacional equivalía a una "discriminación injustificable".⁸¹

129. Teniendo presente lo que antecede, examinamos lo que hizo el Grupo Especial en este asunto. Al analizar la Convención Interamericana en el contexto del argumento de Malasia sobre la "discriminación injustificable", el Grupo Especial se basó en nuestro informe inicial para declarar que "la Convención Interamericana demuestra que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para negociar con los reclamantes antes de imponer la medida inicial fueron en gran medida insuficientes".⁸² El Grupo Especial añadió que "la Convención Interamericana puede considerarse razonablemente como una referencia de lo que puede lograrse mediante negociaciones multilaterales en la esfera de la protección y conservación."⁸³

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, nota 24, párrafo 171.

⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 170.

⁸¹ *Ibid.*, párrafo 172.

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 5.71.

⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.71.

130. En ningún momento aludimos en *Estados Unidos - Camarones* a la Convención Interamericana como "referencia". El Grupo Especial podría haber elegido otro término distinto y más adecuado -tal vez, como ha sugerido Malasia, "ejemplo"⁸⁴-. Sin embargo nos parece que el Grupo Especial hizo todo lo que debía hacer con respecto a la Convención Interamericana, y lo hizo en consonancia con el enfoque que adoptamos en *Estados Unidos - Camarones*. El Grupo Especial comparó los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para negociar la Convención Interamericana con un grupo de Miembros exportadores de la OMC con los esfuerzos realizados por ese mismo país para negociar un acuerdo similar con otro grupo de Miembros exportadores de la OMC. En esa comparación, el Grupo Especial utilizó adecuadamente la Convención Interamericana como referente fáctico. Era lo más adecuado que se podía hacer, dado que la Convención Interamericana era el único acuerdo internacional que el Grupo Especial podía utilizar en una comparación de esa naturaleza. De la lectura del informe del Grupo Especial deducimos claramente que al efectuar esa comparación el Grupo Especial atribuyó a la Convención Interamericana un valor relativo, pero en forma alguna consideró que fuera un estándar jurídico. En consecuencia, no aceptamos la afirmación de Malasia de que el Grupo Especial elevó la Convención Interamericana al rango de un "estándar jurídico". La mera utilización por el Grupo Especial de la Convención Interamericana *como base de comparación* no transformó a ésta en un "estándar jurídico". Además, aunque el Grupo Especial podría haber elegido un término más apropiado que el de "referencia" para exponer sus opiniones, Malasia está equivocada al equiparar el simple empleo del término "referencia", en la forma en que ese término fue utilizado por el Grupo Especial, con el establecimiento de un estándar jurídico.

131. El Grupo Especial señaló que aunque "las circunstancias fácticas pueden ejercer influencia en la duración del proceso o en el resultado final [...] todo esfuerzo del que se alega que es un 'esfuerzo serio y de buena fe' se debe valorar en comparación con los esfuerzos realizados para la conclusión de la Convención Interamericana".⁸⁵ Esa comparación es un elemento esencial del proceso de determinación de la existencia o no de una "discriminación injustificable". El Grupo Especial analizó a continuación el proceso de negociación en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental para determinar si los esfuerzos realizados por los Estados Unidos en esas negociaciones fueron esfuerzos serios y de buena fe comparables a los realizados en relación con la Convención Interamericana. En su análisis, el Grupo Especial se remitió a los siguientes elementos:

- Un documento transmitido por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a varios países de la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental. Este documento

⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.13.

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.71.

contenía posibles elementos de una convención regional para la conservación de las tortugas marinas en la región.⁸⁶

- La contribución de los Estados Unidos a un simposio celebrado en Sabah 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 instaba a la negociación y puesta en vigor de un acuerdo regional en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental.⁸⁷
- La Conferencia de Perth, celebrada en octubre de 1999, en la que los gobiernos participantes, incluido el de los Estados Unidos, se comprometieron a elaborar un acuerdo internacional sobre la conservación de las tortugas marinas en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental.⁸⁸
- La contribución de los Estados Unidos a la ronda de negociaciones realizada en Kuantan del 11 al 14 de julio de 2000. Esta primera ronda de negociaciones para la conclusión de un acuerdo regional dio lugar 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 el Asia Sudoriental ("Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental"). El acta final de la reunión de Kuantan establecía que antes de que el Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental se pudiera ultimar, se debía negociar y anexar al mismo un plan de conservación y ordenación.⁸⁹ En el momento en que tenía lugar el procedimiento del Grupo Especial, ese plan estaba aún en elaboración.⁹⁰

132. Tomando como base esos elementos, y, especialmente la "contribución de los Estados Unidos a la labor preparatoria de la reunión de Kuantan y su contribución a la propia reunión de Kuantan"⁹¹, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los Estados Unidos habían hecho esfuerzos serios y de buena fe, que se ajustaban al "estándar establecido por la Convención Interamericana".⁹² A juicio del

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.79.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 5.81.

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 5.84.

⁹¹ *Ibid.*, párrafo 5.82.

⁹² *Ibid.*

Grupo Especial, la evaluación comparativa no depende de que el Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental sea o no un documento jurídicamente vinculante, porque "hay que tener en cuenta" las diferencias en cuanto a las circunstancias de hecho.⁹³ Además, el Grupo Especial no consideró decisivo el hecho de que, en el momento en que tenía lugar el procedimiento del Grupo Especial, el acuerdo final para la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental, a diferencia de la Convención Interamericana, no se hubiera concluido aún. Según el Grupo Especial, "al menos hasta que quede terminado el plan de conservación y ordenación que ha de adjuntarse al Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental, los esfuerzos de los Estados Unidos deben juzgarse sobre la base de su participación activa y su apoyo financiero a las negociaciones, y también sobre la base de los anteriores esfuerzos que realizaron desde 1998, teniendo en cuenta la probabilidad de una conclusión de las negociaciones durante el año 2001".⁹⁴

133. Observamos que el Grupo Especial declaró que "todo esfuerzo que se alega que es un 'esfuerzo serio y de buena fe' se debe valorar en comparación con los esfuerzos realizados para la concertación de la Convención Interamericana".⁹⁵ Consideramos que, al evaluar los esfuerzos serios y de buena fe realizados por los Estados Unidos, el Grupo Especial no incurrió en error al utilizar la Convención Interamericana como *ejemplo*. A nuestro parecer, además, el Grupo Especial actuó acertadamente al proceder luego a un análisis conforme en líneas generales a este principio, así como, en último término, al llegar a la conclusión de que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental constituyen esfuerzos serios y de buena fe comparables a los que llevaron a la conclusión de la Convención Interamericana. No encontramos ninguna falla en ese análisis.⁹⁶

⁹³ *Ibid.* Al parecer, los Estados Unidos eran partidarios de un acuerdo jurídicamente vinculante para la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental, pero otras partes eran partidarias de un texto no vinculante, y predominó la opinión de estas últimas. Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 5.83.

⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.84.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 5.71.

⁹⁶ Observamos que se celebró en Manila una conferencia multilateral sobre las tortugas marinas que dio lugar a la adopción del Plan de conservación y ordenación que debía adjuntarse al Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental. Observamos asimismo que ese Memorándum de Entendimiento entró en vigor el 1º de septiembre de 2001. A nuestro juicio, esos hechos refuerzan la constatación del Grupo Especial de que los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para negociar un acuerdo internacional en la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental constituyen esfuerzos serios y de buena fe comparables a los realizados en relación con la Convención Interamericana. El párrafo 2 h) del artículo IV de la Convención Interamericana prevé la utilización de DET para reducir la captura incidental y la mortalidad de tortugas marinas en el curso de las actividades pesqueras. El objetivo 1.4 del Plan de conservación y ordenación anexo al Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental obliga a los Estados signatarios a reducir en la mayor medida posible la captura incidental y la mortalidad de tortugas marinas en el curso de actividades pesqueras, y les encomienda a este respecto que preparen y utilicen instrumentos, dispositivos y técnicas destinados a reducir

134. En síntesis, Malasia no está en lo cierto al afirmar que para evitar la "discriminación arbitraria e injustificable" en el sentido del preámbulo del artículo XX es necesaria la *conclusión* de un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial de que, habida cuenta de los esfuerzos serios y de buena fe realizados por los Estados Unidos para negociar un acuerdo internacional, "el artículo 609 se aplica actualmente de una manera que ya no constituye un medio de discriminación injustificable o arbitrario, según lo ha determinado en su informe el Órgano de Apelación".⁹⁷

B. Flexibilidad de las Directrices Revisadas

135. Nos ocupamos ahora de los argumentos de Malasia relativos a la flexibilidad de las Directrices Revisadas. Malasia adujo ante el Grupo Especial que la medida en litigio da lugar a una "discriminación arbitraria o injustificable" porque supedita la importación de camarones en los Estados Unidos a la aplicación por los países exportadores de políticas y estándares impuestos "unilateralmente" por los Estados Unidos.⁹⁸ Malasia afirmó que los Estados Unidos impusieron "unilateralmente" sus estándares internos a los exportadores.⁹⁹ En relación con este argumento, el Grupo Especial constató lo siguiente:

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

al mínimo la captura incidental de tortugas marinas en las operaciones pesqueras, así como dispositivos que permitan realmente que escapen las tortugas marinas, y que establezcan limitaciones espaciales y estacionales.

⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.137. Deseamos señalar, no obstante, que hay una observación del Grupo Especial que no compartimos. Al evaluar los esfuerzos de buena fe realizados por los Estados Unidos, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

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.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 5.76)

No nos parece convincente esta forma de razonar. Como declaramos en nuestro informe anterior, el preámbulo del artículo XX no es, en realidad, sino "una expresión del principio de buena fe". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 24, párrafo 158.) Este principio de buena fe es aplicable por igual a todos los Miembros de la OMC.

⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.131.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 3.125 y 3.127.

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". 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.¹⁰⁰ (No se reproduce la nota de pie de página.)

136. Malasia no está de acuerdo con el Grupo Especial en que una medida pueda cumplir los requisitos del preámbulo del artículo XX si es suficientemente flexible, en lo que respecta a su diseño y a su aplicación, para que un país exportador que cuente con un programa de protección y conservación de las tortugas "comparable" al de los Estados Unidos obtenga certificación. Según Malasia, la medida en litigio aun en caso de que permita obtener certificación a países que cuenten con programas reguladores "comparables" al de los Estados Unidos y de que se aplique en esa forma, da lugar a una "discriminación arbitraria o injustificable" porque condiciona el acceso al mercado de los Estados Unidos a la aplicación de políticas y estándares "unilateralmente" prescritos por ese país. En consecuencia, Malasia destaca especialmente el carácter "unilateral" de la medida y sostiene que nuestro anterior informe no apoya la conclusión del Grupo Especial en este punto.¹⁰¹

137. Recordamos que en *Estados Unidos – Camarones* declaramos lo siguiente:

Nos parece [...] que *condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones a) a j) del artículo XX*. Los párrafos a) a j) incluyen medidas que están reconocidas como *excepciones a obligaciones sustantivas* establecidas en el GATT de 1994, porque se ha reconocido un carácter importante y legítimo a la política interna implícita en esas medidas. No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.¹⁰² (Sin cursivas en el original.)

138. En nuestra opinión, Malasia pasa por alto la importancia de esta declaración. En contra de lo que sugiere Malasia, esta declaración no es "*dicta*". Como hemos dicho antes, nos parece "que condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 5.93.

¹⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafos 3.17-3.19.

¹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *supra*, nota 24, párrafo 121.

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". Esta declaración expresa un principio esencial para nuestra resolución en *Estados Unidos – Camarones*.

139. Una cuestión distinta se plantea, en cambio, al examinar en el marco del preámbulo del artículo XX una medida que prevé *de manera condicional* el acceso al mercado de un Miembro de la OMC de un producto procedente de otros Miembros de la OMC. Malasia y los Estados Unidos coinciden en que éste es un aspecto común de la medida en litigio en el procedimiento inicial y de la nueva medida en litigio en la presente diferencia.

140. En *Estados Unidos - Camarones*, llegamos a la conclusión de que la medida en litigio en ese asunto no cumplía los requisitos del preámbulo del artículo XX relativos a la "discriminación arbitraria o injustificable" dado que, en la aplicación de la medida, los Miembros exportadores se enfrentaban a una "prescripción única, rígida e inflexible"¹⁰³ que les obligaba a adoptar *esencialmente las mismas* políticas y prácticas para exigir el cumplimiento que las aplicadas, y exigidas, a los arrastreros nacionales dedicados a la pesca del camarón en los Estados Unidos. Por el contrario, en la presente diferencia, el Grupo Especial constató que esta nueva medida es más flexible que la medida inicial y ha sido aplicada con mayor flexibilidad que la medida inicial. Las pruebas aportadas por los Estados Unidos, convencieron al Grupo Especial de que esta nueva medida, *no condiciona*, ni por su diseño ni por su aplicación, el acceso al mercado de los Estados Unidos a la adopción por un Miembro exportador de un programa regulador destinado a la protección y la conservación de las tortugas marinas que sea *esencialmente el mismo* de los Estados Unidos.

141. Como se desprende del análisis del Grupo Especial, un enfoque basado en la determinación de si una medida exige que un Miembro exportador cuente con un programa regulador que sea "esencialmente el mismo" que el adoptado por el Miembro importador que aplica la medida constituye un instrumento útil para identificar medidas que dan lugar a una "discriminación arbitraria injustificable" y que, por consiguiente, *no* cumplen los requisitos del preámbulo del artículo XX. En cambio, este enfoque no es suficiente para apreciar si una medida *cumple* los requisitos del artículo XX. En consecuencia, al interpretar nuestro informe anterior, el Grupo Especial dedujo de nuestro razonamiento que una medida que exigiera que los programas reguladores de los Estados Unidos y extranjeros fueran "comparables en eficacia", en contraposición a "esencialmente

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 177.

los mismos", se ajustaría, de no concurrir en él alguna otra deficiencia, al preámbulo del artículo XX. A este respecto, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

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". 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.¹⁰⁴ (No se reproduce la nota de pie de página.)

142. El Grupo Especial entiende que nuestro informe anterior afirmaba que una importante deficiencia de la medida inicial era su falta de flexibilidad en lo que respecta a su diseño y aplicación. El Grupo Especial interpreta que nuestro informe anterior sugería que la medida inicial se aplicaba en una forma que constituía un medio de "discriminación injustificable" esencialmente porque "la aplicación de la medida en cuestión no permitía ninguna investigación para determinar si el programa regulador era apropiado a las condiciones que prevalecían en los países exportadores".¹⁰⁵ El Grupo Especial razona que una medida que, por su diseño y aplicación, permite obtener certificación a Miembros exportadores que cuenten con programas reguladores "comparables en eficacia" al de los Estados Unidos tiene en cuenta las condiciones específicas que prevalecen en los Miembros exportadores de la OMC y, por lo tanto, es lo suficientemente flexible para cumplir los requisitos del preámbulo del artículo XX.

143. Dado que la medida inicial en esa diferencia exigía "esencialmente las mismas" prácticas y procedimientos exigidos en los Estados Unidos, consideramos necesario en esa apelación constatar solamente que el artículo XX no permitía esa inflexibilidad. Dadas las constataciones del Grupo Especial con respecto a la flexibilidad de la nueva medida en la presente diferencia, consideramos necesario ampliar en esta apelación la resolución que adoptamos en nuestro informe inicial. La cuestión planteada por Malasia en la presente apelación es si el Grupo Especial incurrió en error al inferir de nuestro informe anterior, y constatar por lo tanto, que el preámbulo del artículo XX permite una medida que exija únicamente una "eficacia comparable".

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.93.

¹⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 5.92.

144. A nuestro juicio, hay una importante diferencia entre condicionar el acceso al mercado a la adopción de un programa que sea esencialmente el mismo y condicionarlo a la adopción de un programa *comparable en eficacia*. El hecho de autorizar a un Miembro importador a condicionar el acceso al mercado a que los Miembros exportadores pongan en vigor programas reguladores *comparables en eficacia* al del Miembro importador deja al Miembro exportador un grado de discrecionalidad suficiente en lo que respecta al programa que puede adoptar para conseguir el grado de eficacia necesaria y le permite adoptar un programa regulador que sea adecuado a las condiciones específicas que prevalecen en su territorio. A nuestro parecer, el Grupo Especial razonó y concluyó acertadamente que la supeditación del acceso al mercado a la adopción de un programa *comparable en eficacia* permite un grado de flexibilidad suficiente en la aplicación de la medida para evitar una "discriminación arbitraria o injustificable". Por consiguiente, estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial acerca de la "eficacia comparable".

145. Malasia aduce también que la medida en litigio carece de la flexibilidad suficiente para cumplir el requisito del preámbulo del artículo XX relativo a la "discriminación injustificable o arbitraria" porque las Directrices Revisadas no tienen expresamente en cuenta las condiciones específicas que prevalecen en Malasia.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Según Malasia, la singularidad de su caso estriba en que en Malasia no se practica la pesca de camarón con redes de arrastre; el camarón es una especie que se captura incidentalmente en las operaciones de pesca de peces con redes de arrastre, por lo que la captura incidental de tortugas marinas se debe a esta última y no a la pesca de camarones con redes de arrastre. Véanse la comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.21 y el informe del Grupo Especial, párrafo 3.128. Además, Malasia manifestó lo siguiente:

Malasia es una zona de anidamiento, pero no es conocida como zona de alimentación para las tortugas marinas y la temporada de anidamiento en Malasia no coincide con la temporada de pesca del camarón. Las tortugas caguama y las tortugas lora pocas veces anidaban en las playas de Malasia, y no había en aguas de Malasia tortugas de esas especies, en tanto que la elevada mortalidad de las tortugas marinas registrada en la pesca con redes de arrastre de camarón en los Estados Unidos afectaban a estas dos especies de tortugas marinas. En Malasia las principales especies de tortugas marinas son las tortugas verdes, carey, laúd y golfinas oliváceas. Las tortugas verdes habitaban lechos de algas que se encontraban en las aguas costeras poco profundas, mientras que las tortugas carey se encontraban en los arrecifes de coral; la pesca con redes de arrastre estaba prohibida en ambas zonas. Durante la época de anidamiento, las tortugas verdes se mantienen cerca de la costa, en zonas en las que la pesca con redes de arrastre también está prohibida. Durante sus largas migraciones entre las zonas de alimentación y las zonas de anidamiento, las tortugas nadaban cerca de la superficie del agua, lo que las hacía más vulnerables a las redes de deriva y de enmalle y a los palangres que a las redes de arrastre. En Malasia, las redes de arrastre se utilizaban la mayor parte del año para pescar peces y, por tanto, las capturas incidentales de tortugas marinas se debían a las redes de arrastre utilizadas para pescar peces y no a las redes de arrastre utilizadas para pescar camarón.

(Respuesta de Malasia a las preguntas formuladas en la audiencia.)

146. Observamos que las Directrices Revisadas contienen disposiciones que permiten a las autoridades estadounidenses tener en cuenta las condiciones específicas de la producción de camarones de Malasia y de su programa de conservación de tortugas marinas, en caso de que este país decidiera solicitar la certificación. Las Directrices Revisadas establecen expresamente que "si el gobierno de un país pesquero demuestra que ha puesto en vigor y está aplicando coercitivamente un programa regulador de eficacia comparable para proteger a las tortugas marinas en el curso de la pesca de camarón con redes de arrastre sin utilizar DET, ese país también tendrá derecho a obtener certificación".¹⁰⁷ De forma análoga, las Directrices Revisadas establecen que "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 otros países, así como la información procedente de otras fuentes".¹⁰⁸

147. Además, las Directrices Revisadas establecen que las prohibiciones de la importación que pueden imponerse en virtud del artículo 609 no se aplican a los camarones "pescados de cualquier otra manera o en cualesquiera otras circunstancias que el Departamento de Estados determine, después de celebrar consultas con el [Servicio Nacional de Pesca Marítima], que no representan una amenaza de captura incidental de tortugas marinas", ni a los productos de esos camarones.¹⁰⁹ Con arreglo a lo dispuesto en la sección II.B c) iii) de las Directrices Revisadas (*Medidas adicionales de protección de las tortugas marinas*), "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".¹¹⁰ Además, la sección II.B c) iii) dispone que "al formular determinaciones en materia de certificación, el Departamento tendrá también plenamente en cuenta las demás medidas que el país pesquero adopte para proteger a las tortugas marinas, entre ellas los programas nacionales de protección de las playas donde se realiza la anidación 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".¹¹¹ Con respecto al proceso de certificación, las Directrices Revisadas especifican que cada país que no parezca cumplir los

¹⁰⁷ Directrices Revisadas, sección II.B; véase el informe del Grupo Especial, página 122.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Directrices Revisadas, sección I.B; véase, informe del Grupo Especial, página 119.

¹¹⁰ Directrices Revisadas, sección II.B c) iii); véase, informe del Grupo Especial, página 123.

¹¹¹ *Ibid.*

requisitos establecidos para la obtención de certificación recibirá una notificación en la que "se explicarán las razones de esa decisión preliminar, se sugerirán las medidas que el gobierno del país pesquero puede adoptar para obtener certificación y se invitará al gobierno del país pesquero a presentar [...] cualquier información adicional". Además, el Departamento de Estado se compromete a estudiar "activamente cualquier información adicional que el gobierno del país pesquero crea que el Departamento debe tener en cuenta para formular su determinación en materia de certificación".¹¹²

148. El texto de estas disposiciones de las Directrices Revisadas permite un grado de flexibilidad que, a nuestro juicio, hará posible que los Estados Unidos tengan en cuenta las condiciones que prevalecen en Malasia en caso de que Malasia solicite la certificación y en el momento en que la solicite. Dado que Malasia no ha solicitado la certificación, cualquier consideración acerca de si podría o no obtenerla sería puramente especulativa.¹¹³

149. Lo único que cabe decir es que, a nuestro juicio, las medidas deben estar diseñadas de tal forma que haya un grado suficiente de flexibilidad para poder tener en cuenta las condiciones específicas que prevalezcan en *cualquier* Miembro exportador, incluida, desde luego, Malasia.¹¹⁴ Ello no equivale, no obstante, a decir que deba haber en la medida disposiciones específicas que se ocupen expresamente de las condiciones concretas que prevalezcan en *cada uno* de los Miembros exportadores. El artículo XX del GATT de 1994 no obliga a un Miembro a prever las condiciones concretas existentes y cambiantes en *cada uno* de los Miembros y a establecer expresamente disposiciones en relación con ellas.

150. En consecuencia, no nos parece convincente el argumento de Malasia de que la medida en litigio no es suficientemente flexible porque las Directrices Revisadas no se ocupan expresamente de las condiciones específicas que prevalecen en Malasia.

151. Malasia aduce, por último, que el Grupo Especial debería haber analizado la decisión del CIT en el asunto *Turtle Island* y, a la luz de esa decisión, la probabilidad de que se modifiquen en el futuro

¹¹² Directrices Revisadas, sección II.C, informe del Grupo Especial, página 124. Véase también, Directrices Revisadas, sección II.D, informe del Grupo Especial, página 124.

¹¹³ A este respecto, observamos que las Comunidades Europeas afirmaron lo siguiente:

[...] la reclamación formulada por Malasia en el presente caso es algo prematura. Al parecer, Malasia no ha solicitado aún la certificación y, por lo tanto, no resulta claro cómo se aplicaría la legislación objetada a las importaciones de camarón y productos de camarón procedentes de Malasia.

(Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 27.)

¹¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, supra, nota 24, párrafo 164.

las Directrices Revisadas y las consecuencias de tal modificación. Según Malasia, el Grupo Especial debería haber llegado a la conclusión de que las Directrices Revisadas no son suficientemente flexibles debido a la resolución del CIT con arreglo a la cual la parte de las Directrices Revisadas que permite la importación en los Estados Unidos de camarones capturados con utilización de DET procedentes de países pesqueros que no hayan obtenido certificación es contraria a lo dispuesto en el artículo 609.¹¹⁵ Como ya hemos afirmado¹¹⁶, consideramos que, al examinar las medidas de los Estados Unidos, el Grupo Especial tuvo en cuenta la situación del derecho interno en ese momento y llegó a la conclusión adecuada. Dado que la decisión del CIT en el asunto *Turtle Island* no ha modificado los efectos jurídicos ni la aplicación de las Directrices Revisadas, no nos parece convincente este argumento de Malasia.

152. Por todas las razones expuestas, confirmamos la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1 de su informe de que "el artículo 609 de la *Public Law* 101-162, tal como ha sido puesto en vigor por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y según la aplicación realizada hasta la fecha por las autoridades de los Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral".¹¹⁷

¹¹⁵ Comunicación del apelante presentada por Malasia, párrafo 3.25.

¹¹⁶ Véase *supra*, párrafo 95.

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1. El Grupo Especial declaró que sus constataciones de justificación siguen siendo válidas "*siempre que*" se sigan cumpliendo determinadas condiciones recogidas en su informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe destinados a lograr un acuerdo multilateral. A este respecto, observamos que los Estados Unidos han negociado y concertado un Memorándum de Entendimiento con determinados países de la región del Océano Índico y el Asia Sudoriental, el Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental. Véase *supra*, nota 96. Este acuerdo entró en vigor el 1º de septiembre de 2001, casi dos meses y medio después de la distribución del informe del Grupo Especial. Los participantes no han puesto en tela de juicio la existencia de ese acuerdo. Hubo alguna discrepancia en la audiencia acerca del carácter jurídicamente vinculante del mismo. El Principio básico 4 del acuerdo declara lo siguiente:

El presente Memorándum de Entendimiento, incluido el plan de conservación y ordenación, podrá ser modificado por consenso de los Estados signatarios. En su caso, los Estados signatarios considerarán la posibilidad de modificar este Memorándum de Entendimiento para darle carácter jurídicamente vinculante.

En la audiencia, los Estados Unidos manifestaron que "se considera que el Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental es un compromiso político que carece de efectos vinculantes en el derecho internacional". Malasia declaró que "el Memorándum de Entendimiento para el Asia Sudoriental tiene el carácter de tratado con arreglo a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, ya que en ella se define el "tratado" como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"". No es necesario que nos pronunciemos sobre esta cuestión y no lo hacemos. Aun así observamos que el Memorándum de Entendimiento, sea o no jurídicamente vinculante, refuerza la

VII. Constataciones y conclusiones

153. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) *constata* que el Grupo Especial cumplió correctamente el mandato que le encomienda el párrafo 5 del artículo 21 del ESD de examinar la compatibilidad con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 de la medida de los Estados Unidos destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Camarones*; y
- b) *confirma* la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1 de su informe de que "el artículo 609 de la *Public Law* 101-162, tal como ha sido puesto en vigor por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y según la aplicación realizada hasta la fecha por las autoridades de los Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral".

154. Al haber confirmado la constatación del Grupo Especial de que la medida de los Estados Unidos se aplica actualmente en una forma que cumple los requisitos del artículo XX del GATT del 1994, no formulamos al OSD ninguna recomendación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

Firmado en el original, en Ginebra, el 2 de octubre de 2001, por:

James Bacchus
Presidente de la Sección

A.V. Ganesan
Miembro

Julio Lacarte-Muró
Miembro