

Acuerdo OTC y el GATT de 1994.⁸⁹⁵ Al mismo tiempo, reconocemos que la manera en que un grupo especial adopta procedimientos y desarrolla sus actuaciones al abordar el asunto que le ha sido sometido por el OSD puede dar lugar a cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas, que estarían comprendidas en el ámbito del examen en apelación en el sentido del párrafo 6 del artículo 17 del ESD.⁸⁹⁶ En segundo lugar, México considera que los Grupos Especiales no estaban facultados para abrir parcialmente su reunión con las partes a la observación por el público sin el consentimiento de México. Por lo tanto, en su comunicación en calidad de apelante, México nos solicita que constatemos que los "Grupos Especiales incurrieron en error ... al ordenar que la audiencia se abriera parcialmente al público cuando México no había accedido a su apertura" en el presente asunto.⁸⁹⁷ No obstante, los argumentos de México en apelación no explican de qué manera la decisión de los Grupos Especiales es incompatible con el ESD.⁸⁹⁸ En tercer lugar, además de la solicitud de México *supra* de que se formule una constatación de error, México solicita "que el Órgano de Apelación aclare que, *en el futuro*, los grupos especiales no deberían abrir una audiencia siquiera parcialmente sin el acuerdo de todas las partes en la diferencia".⁸⁹⁹ México indicó que, al pronunciarse sobre esta cuestión, el Órgano de Apelación aclararía una preocupación que afecta no solo a los grupos especiales, sino también a los árbitros del párrafo 6 del artículo 22 del ESD.⁹⁰⁰ El hecho de que la solicitud de México haga referencia a los procedimientos de otros grupos especiales y árbitros suscita dudas en cuanto a que pronunciarse sobre esta cuestión sea necesario para resolver la presente diferencia.

6.320. En vista de las circunstancias específicas de los presentes procedimientos expuestas *supra*, constatamos que es innecesario pronunciarse sobre la cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta de las partes sin el consentimiento de ambas partes. Nuestra constatación no debe interpretarse en el sentido de que respalda la decisión de los Grupos Especiales de celebrar una reunión parcialmente abierta de las partes sin el consentimiento de ambas partes.⁹⁰¹

7 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

7.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación formula las siguientes constataciones y conclusiones.

7.1 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error en las constataciones que formularon en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.2. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial a la luz de las circunstancias concretas del caso. En la presente diferencia, un examen de si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC entraña una evaluación de si las distinciones reglamentarias de la medida se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Esa evaluación conlleva: i) una evaluación de los riesgos globales relativos de daño para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano; y ii) una evaluación de si las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado *dolphin safe* establecidas en la medida se adecuan de la manera debida a esos riesgos respectivos o guardan proporción con ellos. Este análisis

importaciones de grano, párrafo 133; *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafos 71 y 73; *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 145; *Australia - Salmón*, párrafo 223; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 111.

⁸⁹⁵ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos; y solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México.

⁸⁹⁶ Véase el párrafo 6.307 *supra*.

⁸⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 353.

⁸⁹⁸ A este respecto, tomamos nota de la afirmación de los Estados Unidos de que "el ESD no impone condiciones en cuanto a abrir la audiencia o cerrar la audiencia al público". (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 396).

⁸⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 352. (sin cursivas en el original)

⁹⁰⁰ Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia.

⁹⁰¹ El párrafo 2 del Apéndice 3 del ESD establece que: "[e]l grupo especial se reunirá a puerta cerrada" y que "[l]as partes en la diferencia y las partes interesadas solo estarán presentes en las reuniones cuando aquél las invite a comparecer". El párrafo 1 del artículo 12 del ESD establece que "[l]os grupos especiales seguirán los Procedimientos de Trabajo que se recogen en el Apéndice 3, a menos que el grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia".

de la adaptación, si se realizara correctamente, abarcaría el examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún de 2016 y sus objetivos. Así pues, no hace falta evaluar por separado la relación racional entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida y sus objetivos. Además, aunque los riesgos de etiquetado inexacto son pertinentes para el análisis de la adaptación, ello no quiere decir que el criterio jurídico aplicable exija a los Grupos Especiales que determinen si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función, entre otras cosas, del riesgo de que se transmita a los consumidores información inexacta sobre la inocuidad para los delfines.

7.3. Al llevar a cabo el análisis de la adaptación es necesario examinar los riesgos para los delfines en todas las zonas del océano pertinentes en que se utilizan distintos métodos de pesca. Esto no significa que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una medida que trate de proteger a los delfines deba hacer todas las distinciones reglamentarias pertinentes sobre la base tanto del método de pesca como de la zona del océano. Antes bien, la naturaleza del análisis de la adaptación que se debe hacer está informada por la naturaleza de las distinciones reglamentarias realizadas en virtud de la propia medida y son las distinciones reglamentarias que causan el efecto perjudicial en los productos importados las que se deben adaptar en función de los diferentes riesgos para los delfines. Las distinciones reglamentarias pertinentes que se deben examinar a los efectos de la adaptación en la presente diferencia incluyen la distinción entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca (en el contexto de los criterios de admisibilidad) y la distinción entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías (en el contexto de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación).

7.4. Por estas razones, no consideramos que México haya establecido que los Grupos Especiales, al considerar que estaban obligados a examinar si la medida sobre el atún de 2016 se adaptaba en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, no incluyeron una indagación sobre el vínculo entre las distinciones reglamentarias pertinentes y los objetivos de la medida. También discrepamos de México en que los Grupos Especiales incurrieron en error al comparar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca al aplicar el análisis de la adaptación a los criterios de admisibilidad. A nuestro juicio, en el contexto específico de la medida sobre el atún de 2016, para evaluar si el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, los Grupos Especiales estaban obligados a evaluar si las distinciones reglamentarias que causan ese efecto perjudicial se adaptan en función de los diferentes riesgos para los delfines, desde el punto de vista de los riesgos globales relativos para los delfines, teniendo en cuenta los objetivos de la medida.

7.5. Al llevar a cabo su examen de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca utilizados en distintas zonas del océano, los Grupos Especiales examinaron todas las pruebas pertinentes de riesgos para los delfines que les habían aportado las partes, incluidas todas las pruebas relativas a pesquerías individuales. Además, al evaluar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca y pesquerías, los Grupos Especiales tuvieron debidamente en cuenta todos los tipos pertinentes de daño para los delfines. Asimismo, los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse en datos por lance como la principal medición de los riesgos para los delfines, a pesar de otras tres mediciones propuestas por México. En primer lugar, como los riesgos pertinentes que se deben evaluar a efectos de la adaptación son los riesgos de que en el proceso de pesca se dañe o se dé muerte a ejemplares de delfines, los Grupos Especiales actuaron correctamente al no basarse en pruebas sobre EBP para evaluar los riesgos para los delfines. En segundo lugar, dado el carácter comparativo del análisis de la adaptación, los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse principalmente en un método por lance, en lugar de hacerlo en una comparación de niveles absolutos de daño. Por último, México no ha justificado su afirmación de que la pesca de atún en zonas del océano con sistemas reglamentarios menos fiables tiene mayor probabilidad de causar daños a los delfines, y por lo tanto los Grupos Especiales no incurrieron en error al excluir pruebas relativas a la supervisión reglamentaria de su evaluación de los riesgos globales relativos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca utilizados en distintas zonas del océano. Por consiguiente, no constatamos ningún error en la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano ni en sus conclusiones relativas a los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes sobre la base de esa evaluación.

7.6. En cuanto a la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, hemos examinado las impugnaciones de México contra la evaluación realizada por los

Grupos Especiales de los siguientes aspectos de la medida sobre el atún de 2016: i) los criterios de admisibilidad; ii) las prescripciones en materia de certificación; iii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación; y iv) la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad.

7.7. Con respecto a los criterios de admisibilidad, hemos constatado que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar, en el párrafo 7.539 de sus informes, que "los lances sobre delfines son significativamente más peligrosos para los delfines que otros métodos de pesca". Esta constatación implica que la distinción que se hace en los criterios de admisibilidad entre los lances sobre delfines, por un lado, y otros métodos de pesca, por el otro, como constataron los Grupos Especiales en el párrafo 7.540 de sus informes, "se adapta[] adecuadamente en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano". En consecuencia, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al llegar a la constatación intermedia, en el párrafo 7.547 de sus informes, de que los criterios de admisibilidad previstos en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.

7.8. Con respecto a las prescripciones en materia de certificación, hemos constatado que los Grupos Especiales adoptaron el enfoque correcto al comparar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales, porque las prescripciones en materia de certificación hacen una distinción sobre la base tanto del método de pesca como de la zona del océano. Al no haber constatado error jurídico alguno en la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales, consideramos que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un perfil especial de riesgo que la diferencia de otras pesquerías. También hemos examinado y rechazado todos los argumentos de México en los que se impugna la evaluación de las prescripciones en materia de certificación realizada por los Grupos Especiales, incluida la afirmación de que los Grupos Especiales no tomaron en cuenta los riesgos de inexactitud en su análisis de la adaptación. Por todas estas razones, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al llegar a la constatación intermedia, en el párrafo 7.611 de sus informes, de que las prescripciones en materia de certificación diferentes se adaptan a los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.

7.9. Como en el caso de las prescripciones en materia de certificación, hemos constatado que, con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, los Grupos Especiales adoptaron el enfoque correcto al comparar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales, porque estas prescripciones hacen una distinción sobre la base tanto del método de pesca como de la zona del océano. Al no haber constatado error jurídico alguno en la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales, consideramos que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar que son las posibilidades tanto técnicas como jurídicas de efectuar lances sobre delfines y el hecho de que los lances sobre delfines se producen de una forma constante y sistemática en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO los que confieren a esta pesquería su perfil especial de riesgo. Además, hemos rechazado las alegaciones de México de que i) los Grupos Especiales incurrieron en error en su evaluación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, incluida la alegación de que los Grupos Especiales no tuvieron en cuenta los riesgos de inexactitud; y ii) los Grupos Especiales no hicieron una evaluación objetiva de los hechos como exige el artículo 11 del ESD. Por consiguiente, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al llegar a la constatación intermedia, en el párrafo 7.676 de sus informes, de que:

[A]unque sigue habiendo diferencias entre los regímenes de la NOAA y el APICD con respecto al seguimiento y verificación, los Grupos Especiales consideran que esas diferencias se han reducido considerablemente en la medida sobre el atún de 2016 y constatan que las diferencias restantes se adaptan a las diferencias en el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías.

7.10. Consideramos además que los análisis que hicieron los Grupos Especiales de cada uno de los elementos de la medida sobre el atún de 2016, así como su examen de la medida en su totalidad, estuvieron debidamente informados por los vínculos entre estos elementos y el hecho de que actúan conjuntamente para regular el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Además, recordamos que la apelación de México a este respecto es consecuencia de su impugnación de la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de

certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Habiendo examinado y rechazado los argumentos de México contra la evaluación realizada por los Grupos Especiales de cada uno de estos elementos de la medida sobre el atún de 2016, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error en su evaluación de la medida sobre el atún de 2016, en su totalidad, o al constatar, en el párrafo 7.717 de sus informes, que la medida sobre el atún de 2016, en su totalidad, se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.

7.11. Sobre la base de los análisis y constataciones que efectuamos *supra*, confirmamos la conclusión de los Grupos Especiales, que figura en los párrafos 7.717, 8.2 y 8.6 de sus informes, de que la medida sobre el atún de 2016 da a los productos de atún mexicanos un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países y por lo tanto es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error en las constataciones que formularon en el marco del artículo XX del GATT de 1994

7.12. Uno de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política con respecto al cual la medida ha sido justificada provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX. Como se ha indicado *supra*, la orientación que dio el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento indica que el análisis de la adaptación es el instrumento en las circunstancias de la presente diferencia para evaluar si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Si se realizara *debidamente*, el análisis de la adaptación incluiría el examen de la relación racional entre la distinción reglamentaria de la medida sobre el atún de 2016 y sus objetivos. Como también se ha indicado, fue adecuado que los Grupos Especiales, en las circunstancias de los presentes procedimientos sobre el cumplimiento, se basaran en el análisis de la adaptación que habían realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en su evaluación de si la medida sobre el atún de 2016 se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. Esto se debe a que, cuando se tienen en cuenta las diferencias entre el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo XX, puede ser admisible basarse en el razonamiento elaborado en el contexto de un acuerdo a los efectos de realizar un análisis en el marco del otro.

7.13. También hemos indicado *supra* que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Por consiguiente, dado que el examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 fue incluido en este análisis, constatamos que los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse en el razonamiento elaborado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al evaluar la conformidad de la medida sobre el atún de 2016 con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Asimismo, rechazamos la afirmación de México de que, debido a que los Grupos Especiales se basaron en pruebas por lance, y no en pruebas sobre EBP, al evaluar los riesgos para los delfines, su análisis de la adaptación no puede servir de base para evaluar si la medida sobre el atún de 2016 tiene una relación racional con la conservación de los recursos naturales agotables.

7.14. Por las razones anteriormente expuestas, confirmamos la constatación de los Grupos Especiales, que figura en los párrafos 7.740, 8.3 y 8.7 de sus informes, de que la medida sobre el atún de 2016 no se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable y por lo tanto está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

7.3 La decisión de los Grupos Especiales de celebrar una reunión parcialmente abierta

7.15. Constatamos que la alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta sin el consentimiento de ambas partes está debidamente comprendida en el ámbito de la presente apelación. No obstante, en vista de las circunstancias específicas de los presentes procedimientos, constatamos que es innecesario pronunciarse sobre la cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta de las partes sin el

consentimiento de ambas partes. Nuestra constatación no debe interpretarse en el sentido de que respalda la decisión de los Grupos Especiales de celebrar una reunión parcialmente abierta de las partes sin el consentimiento de ambas partes.

7.4 Recomendación

7.16. Los Grupos Especiales encargados de los presentes procedimientos sobre el cumplimiento constataron que los Estados Unidos han aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*. En consecuencia, los Grupos Especiales concluyeron que no es necesaria ninguna recomendación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD. Al haber confirmado las constataciones formuladas por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del artículo XX del GATT de 1994, no hay fundamento alguno para que formulemos una recomendación al OSD de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

Firmado en el original en Ginebra el 1º de noviembre de 2018 por:

Ujal Singh Bhatia
Presidente de la Sección

Thomas R. Graham
Miembro

Hong Zhao
Miembro
