ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS381/AB/RW

20 de noviembre de 2015

(15-6148)

Página: 1/166

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS RELATIVAS A LA IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE ATÚN Y PRODUCTOS DE ATÚN

RECURSO DE MÉXICO AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

AB-2015-6

Informe del Órgano de Apelación

Índice

Página

1 INTRODUCCIÓN 12
2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES 19
3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES 19
4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN 19
5 CUESTIONES PRELIMINARES 22
5.1 Información comercial confidencial 22
5.2 El ámbito del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 23
6 ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA MEDIDA EN LITIGIO 25
6.1 La medida sobre el atún modificada 28
6.1.1 La pesquería de grandes buques de cerco del PTO 32
6.1.2 La pesquería de buques de cerco no situada en el PTO 34
6.1.3 "Todas las demás pesquerías" 35
6.2 Principales modificaciones en el marco de la medida sobre el atún modificada 35
7 ANÁLISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN 37
7.1 Alegación de México relativa a la medida sobre el atún modificada en su totalidad 37
7.2 Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC 44
7.2.1 "Trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC 45
7.2.2 Trato menos favorable - Efecto perjudicial 50
7.2.2.1 Las constataciones de existencia de efecto perjudicial en el procedimiento inicial 52
7.2.2.2 Las constataciones del Grupo Especial 54
7.2.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada 58
7.2.3 Trato menos favorable - Se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima 65
7.2.3.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del párrafo 1 del artículo 2 y su entendimiento del criterio jurídico para determinar si el efecto perjudicial en los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima 65
7.2.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima 74
7.2.3.2.1 Observaciones preliminares 74
7.2.3.2.2 Los criterios de admisibilidad 78
7.2.3.2.2.1 Las constataciones del Grupo Especial 79
7.2.3.2.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar erróneamente las constataciones del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial 80
7.2.3.2.3 Las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación 84

Página

7.2.3.2.3.1 Las constataciones del Grupo Especial 84
7.2.3.2.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no examinar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos 88
7.2.3.2.3.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones, el efecto perjudicial no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima 98
7.2.3.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD 105
7.2.3.4 Conclusiones generales sobre el análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC 116
7.2.4 Compleción del análisis jurídico 117
7.3 Artículos I, III y XX del GATT de 1994 132
7.3.1 Párrafo 1 del artículo I y párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 132
7.3.2 La parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 137
7.3.2.1 Las constataciones del Grupo Especial 138
7.3.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el análisis que hizo en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 141
7.3.2.2.1 Discriminación entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones 142
7.3.2.2.2 Discriminación arbitraria o injustificable 146
7.3.2.2.3 Conclusión 153
7.3.3 Compleción del análisis jurídico 154
7.3.3.1 Párrafo 1 del artículo I y párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 154
7.3.3.2 Artículo XX del GATT de 1994 156
8 CONSTATACIONES Y CONCLUSIONES 163

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Descripción
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (Pruebas documentales US-23a y MEX-11 presentadas al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-30 presentada al Grupo Especial)
CFR	*United States Code of Federal Regulations*
CIAT	Comisión Interamericana del Atún Tropical
DCP	dispositivos de concentración de peces
decisión judicial en el caso *Hogarth*	Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (Prueba documental MEX-31 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-16 presentada al Grupo Especial)
DPCIA	Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990, codificada en el USC, Título 16, artículo 1385 (Prueba documental US-5 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-8 presentada al Grupo Especial)
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
formulario 370	NOAA, Certificado de Origen de Pesquerías (Prueba documental MEX-22 presentada al Grupo Especial)
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
ICC	información comercial confidencial
LMD	límites de mortalidad de delfines
medida sobre el atún modificada	régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos para los productos de atún, que comprende: i) la DPCIA; ii) el apartado H de la Parte 216 del Título 50 del CFR, modificado por la norma definitiva de 2013 (reglamento de aplicación); iii) la decisión judicial en el caso *Hogarth*; y iv) cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los incisos i) a iii), incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos
MMPA	Ley de Protección de los Mamíferos Marinos de 1972, modificada
NMFS	Servicio Nacional de Pesca Marítima
NOAA	Administración Nacional del Océano y la Atmósfera
norma definitiva de 2013	USDOC, Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA), Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, *United States Federal Register*, volumen 78, Nº 131 (9 de julio de 2013), páginas 40997-41004 (Prueba documental MEX-7 presentada al Grupo Especial)
OIO	Océano Índico Occidental
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PICD	Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010
PTO	Océano Pacífico Tropical Oriental
reglamento de aplicación	USDOC, Servicio Nacional de Pesca Marítima/NOAA, Etiquetado *dolphin safe* del Atún, CFR, Título 50, Parte 216, apartado H (artículos 216.90-216.95) (Prueba documental US-2 presentada al Grupo Especial)
reglamento de aplicación inicial	CFR, Título 50, artículos 216.91 y 216.92 (Prueba documental US-6 presentada al Grupo Especial inicial)

Abreviatura	Descripción
Sistema de seguimiento y verificación del APICD	APICD, Resolución para adoptar el Sistema de seguimiento y verificación del atún modificado (20 de junio de 2001) (Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-36 presentada al Grupo Especial)
solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México	solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS381/20
TTF	formulario para el seguimiento del atún
TTVP	Programa de Seguimiento y Verificación del Atún del NMFS
USC	*United States Code*
USDOC	Departamento de Comercio de los Estados Unidos

PRUEBAS DOCUMENTALES CITADAS EN EL PRESENTE INFORME

Prueba documental presentada al Grupo Especial	Prueba documental presentada al Grupo Especial inicial	Título abreviado (en su caso)	Descripción
	MEX-2		Consejo Nacional de Investigaciones, *Dolphins and the Tuna Industry* (National Academy Press: Washington, D.C., 1992)
MEX-4	MEX-91		PICD, Consejo Científico Asesor, "*Updated Estimates of N_{min} and Stock Mortality Limits*", 7ª reunión (30 de octubre de 2009), documento SAB-07-05
MEX-5	MEX-117		APICD, 22ª Reunión de las Partes, Acta (30 de octubre de 2009)
MEX-7		norma definitiva de 2013	USDOC, Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA), Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, *United States Federal Register*, volumen 78, Nº 131 (9 de julio de 2013), páginas 40997-41004
MEX-8	US-5	DPCIA	Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990, codificada en el USC, Título 16, artículo 1385
MEX-16	MEX-31	decisión judicial en el caso *Hogarth*	Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007)
MEX-20			Título 50 del CFR, artículo 216
MEX-30	US-23a y MEX-11	APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
MEX-22		formulario 370	NOAA, Certificado de Origen de Pesquerías
MEX-36	MEX-55	Sistema de seguimiento y verificación del APICD	APICD, Resolución para adoptar el Sistema de seguimiento y verificación del atún modificado (20 de junio de 2001)
MEX-40	US-10		Servicio Nacional de Pesca Marítima, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean*, informe administrativo LJ-96-20 (noviembre de 1996)
MEX-81			M.N. Maunder, "*Evaluating recent trends in EPO dolphin stocks*", proyecto de documento de la CIAT
MEX-82			V.R. Restrepo, Informe del Presidente sobre el taller de la ISSF acerca del atún y los delfines celebrado los días 25 y 26 de octubre de 2012
MEX-84			Programa Nacional de Aprovechamiento del Atún y Protección de Delfines, declaración del Dr. Michael Dreyfus, investigador jefe (28 de marzo de 2014)
MEX-115	MEX-56	Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe*	APICD, Resolución para establecer procedimientos para la Certificación de Atún *APICD Dolphin Safe* (20 de junio de 2001)
MEX-132			Organización para la Alimentación y la Agricultura, Glosario de pesca; puede consultarse en: <http://www.fao.org/fi/glossary/>

Prueba documental presentada al Grupo Especial	Prueba documental presentada al Grupo Especial inicial	Título abreviado (en su caso)	Descripción
MEX-161		Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*	R.C. Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Western and Central Indian Ocean*, International Pole and Line Foundation, informe técnico Nº 2 (Londres, 2014)
US-2		reglamento de aplicación	USDOC, Servicio Nacional de Pesca Marítima/NOAA, Etiquetado *dolphin safe* del Atún, CFR, Título 50, Parte 216, apartado H (artículos 216.90-216.95)
	US-6	reglamento de aplicación inicial	CFR, Título 50, artículos 216.91 y 216.92
US-26 (corregida)			CIAT, Conjunto de datos sobre el OPO correspondientes a 2009-2013
US-27			PICD, 34ª reunión del Panel Internacional de Revisión celebrada los días 9 y 10 de octubre de 2003), "*Effectiveness of Technical Guidelines to Prevent High Mortality During Sets on Large Dolphin Herds*", documento IRP-34-10 (revisado)
US-28	US-19		B. Reilly y otros, *Report of the Scientific Research Program Under the International Dolphin Conservation Program Act* (2005)
US-29			T. Gerrodette, "*The Tuna-Dolphin Issue*", en *Encyclopedia of Marine Mammals*, segunda edición, W.F. Perrin, B. Würsig, J.G.M. Thewissen (editores) (Oxford, 2009), página 1192
US-48	US-11		A.C. Myrick, Jr. and P.C. Perkins, "*Adrenocortical color darkness and correlates as indicators of continuous acute premortem stress in chased and purse-seine captured male dolphins*" (1995) 2 Pathophysiology
US-49			CIAT, Asignación inicial de LMD para 2008 (21 de noviembre de 2007)
US-127			Cuadros en que se resumen las pruebas obrantes en el expediente relativas a cada pesquería

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
Argentina - Pieles y cueros	Informe del Grupo Especial, *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/R y Corr.1, adoptado el 16 de febrero de 2001
Australia - Salmón	Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Canadá - Aeronaves	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
Canadá - Energía renovable/ Canadá - Programa de tarifas reguladas	Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable/Canadá - Medidas relativas al programa de tarifas reguladas*, WT/DS412/AB/R/ WT/DS426/AB/R, adoptados el 24 de mayo de 2013
CE - Accesorios de tubería	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil*, WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003
CE - Amianto	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
CE - Banano III	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
CE - Determinadas cuestiones aduaneras	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras*, WT/DS315/AB/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006
CE - Elementos de fijación (China)	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China*, WT/DS397/AB/R, adoptado el 28 de julio de 2011
CE - Elementos de fijación (China)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China*, WT/DS397/R y Corr.1, adoptado el 28 de julio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS397/AB/R
CE - Hormonas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
CE - Preferencias arancelarias	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004
CE - Productos derivados de las focas	Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014
CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India - Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003
CE - Sardinas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002

Título abreviado	Título completo y referencia
CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/R, adoptado el 1º de junio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS316/AB/R
Chile - Sistema de bandas de precios	Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)	Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS207/AB/RW, adoptado el 22 de mayo de 2007
China - Materias primas	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptados el 22 de febrero de 2012
China - Publicaciones y productos audiovisuales	Informe del Órgano de Apelación, *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010
China - Tierras raras	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptados el 29 de agosto de 2014
China - Tubos de altas prestaciones (Japón) / China - Tubos de altas prestaciones (UE)	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes del Japón / China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes de la Unión Europea*, WT/DS454/AB/R y Add.1 / WT/DS460/AB/R y Add.1, adoptados el 28 de octubre de 2015
Colombia - Puertos de entrada	Informe del Grupo Especial, *Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*, WT/DS366/R y Corr.1, adoptado el 20 de mayo de 2009
Corea - Bebidas alcohólicas	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999
Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
Corea - Productos lácteos	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R y Corr.1, adoptado el 12 de enero de 2000
Estados Unidos - Acero al carbono	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
Estados Unidos - Artículo 337	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402
Estados Unidos - Atún (México)	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, DS21/R, 3 de septiembre de 1991, no adoptado, IBDD 39S/183
Estados Unidos - Atún II (México)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Atún II (México)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/R
Estados Unidos - Atún (CEE)	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, DS29/R, 16 de junio de 1994, no adoptado
Estados Unidos - Camarones	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)	Informe del 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*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012
Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/AB/R, adoptado el 19 de febrero de 2009
Estados Unidos - EPO	Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
Estados Unidos - EPO	Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/R/ WT/DS386/R, adoptados el 23 de julio de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R
Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)	Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptados el 29 de mayo de 2015
Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)	Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS384/RW y Add.1/ WT/DS386/RW y Add.1, adoptados el 29 de mayo de 2015, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW2, adoptado el 14 de marzo de 2006
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina*, WT/DS268/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2004
Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS268/AB/RW, adoptado el 11 de mayo de 2007
Estados Unidos - Gasolina	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Gluten de trigo	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001
Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
Estados Unidos - Juegos de azar	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS257/AB/RW, adoptado el 20 de diciembre de 2005
Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS277/AB/RW, adoptado el 9 de mayo de 2006, y Corr.1
Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS294/AB/RW y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009
Japón - Bebidas alcohólicas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
Japón - DRAM (Corea)	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea*, WT/DS336/AB/R y Corr.1, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Japón - Manzanas	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
México - Impuestos sobre los refrescos	Informe del Grupo Especial, *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS308/AB/R
México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
México - Medidas antidumping sobre el arroz	Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz, Reclamación con respecto al arroz*, WT/DS295/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005
República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos	Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005
Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)	Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011
Tailandia - Vigas doble T	Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia*, WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún

AB-2015-6

Sección del Órgano de Apelación:

Servansing, Presidente de la Sección
Bhatia, Miembro
Zhang, Miembro

Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Estados Unidos, *apelante/apelado*
México, *otro apelante/apelado*

Australia, *tercero participante*
Canadá, *tercero participante*
China, *tercero participante*
Corea, *tercero participante*
Guatemala, *tercero participante*
Japón, *tercero participante*
Noruega, *tercero participante*
Nueva Zelandia, *tercero participante*
Tailandia, *tercero participante*
Unión Europea, *tercero participante*

1 INTRODUCCIÓN

1.1. Los Estados Unidos y México apelan, cada uno, respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*.[1] El Grupo Especial fue establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) para examinar una reclamación presentada por México[2] con respecto al supuesto incumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en el procedimiento inicial sobre el asunto *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*.[3]

1.2. Esta diferencia se refiere al régimen de etiquetado de los Estados Unidos para los productos de atún "*dolphin safe*". En el procedimiento inicial, México planteó alegaciones al amparo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) en las que impugnó la compatibilidad con estos Acuerdos de determinadas medidas impuestas por los Estados Unidos a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún.[4] Concretamente, México impugnó: la Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990, codificada en el *United States Code*, Título 16, artículo 1385[5] (DPCIA); el *United States Code of Federal Regulations*

[1] WT/DS381/RW, 14 de abril de 2015.
[2] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS381/20 (solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México).
[3] Las recomendaciones y resoluciones del OSD fueron resultado de la adopción por ese Órgano, el 13 de junio de 2012, del informe del Órgano de Apelación (WT/DS381/AB/R) y del informe del Grupo Especial (WT/DS381/R) sobre el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*. En el presente informe nos referimos al Grupo Especial que examinó la reclamación inicial presentada por México como "Grupo Especial inicial" y a su informe como "informe del Grupo Especial inicial".
[4] En el curso del procedimiento inicial, México aclaró que formulaba sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC solamente en relación con los productos de atún, y no en relación con el atún. Por ese motivo, el Grupo Especial inicial limitó sus constataciones a este respecto a los productos de atún. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 6.10.)
[5] Prueba documental US-5 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-8 presentada al Grupo Especial.

(CFR), Título 50, artículos 216.91 y 216.92 (reglamento de aplicación inicial)[6]; y una decisión judicial de un tribunal de apelación federal de los Estados Unidos en el caso *Earth Island Istitute v. Hogarth*[7] (la decisión judicial en el caso *Hogarth*).[8] El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación se refirieron a esas medidas, colectivamente[9], como la "medida en litigio" o las "disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*".[10] En este procedimiento sobre el cumplimiento nos referimos a ellas como la "medida sobre el atún inicial".

1.3. En la medida sobre el atún inicial se especificaban las condiciones que había que cumplir para que los productos de atún vendidos en los Estados Unidos fueran etiquetados como "*dolphin safe*" o para hacer afirmaciones similares en sus etiquetas.[11] Las condiciones específicas variaban en función del método de pesca con el que se capturaba el atún contenido en el producto de atún, la zona del océano en el que se capturaba el atún y el tipo de buque utilizado.[12] La medida sobre el atún inicial no hacía obligatoria la utilización de una etiqueta *dolphin safe* para la importación o venta de productos de atún en los Estados Unidos[13], aunque las preferencias de los minoristas y los consumidores hacen que la etiqueta *dolphin safe* tenga "un valor comercial significativo", y el acceso a esa etiqueta constituye una "ventaja" en el mercado estadounidense de productos de atún.[14]

1.4. El Grupo Especial inicial constató que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" eran un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[15] Con respecto a la alegación de México de que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial inicial constató que México no había establecido que la medida diera un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos que a los productos de atún estadounidenses y a los productos de atún originarios de otros países.[16] En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que la medida no era incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 1 del artículo 2.[17] Constató, no obstante, que la medida sobre el atún inicial restringía el comercio más de lo necesario para alcanzar sus objetivos legítimos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos, y concluyó por esa razón que la medida era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[18] Con respecto a la alegación de México al amparo del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial inicial constató que la definición y la certificación de atún *dolphin safe* del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines[19] (APICD) eran una norma internacional pertinente[20], pero que México no había demostrado que esa norma

[6] Prueba documental US-6 presentada al Grupo Especial inicial.

[7] Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (Prueba documental MEX-31 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-16 presentada al Grupo Especial).

[8] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.10 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172).

[9] El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación consideraron adecuado tratar estos instrumentos jurídicos como una única medida a efectos de analizar las alegaciones de México y formular sus constataciones.

[10] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 2 y 172, y nota 357 a este último párrafo.

[11] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172; informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.2. Con arreglo a la medida sobre el atún inicial, únicamente los productos de atún que cumplían las condiciones especificadas podían ser etiquetados como "*dolphin safe*", y utilizar esa expresión, así como hacer cualquier referencia a delfines, marsopas o mamíferos marinos en la etiqueta de los productos de atún, estaba prohibido si el atún que contenían esos productos no cumplía las condiciones para el etiquetado aplicables. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 172, 180 y 193; e informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.124, 7.143 y 7.144.)

[12] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.7 y 2.8; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

[13] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

[14] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.289-7.291). Los aspectos fácticos del procedimiento inicial se exponen más detalladamente en los párrafos 2.1-2.41 del informe del Grupo Especial inicial, y en los párrafos 172-177 del informe del Órgano de Apelación.

[15] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.62, 7.78 y 7.145.

[16] Informe del Grupo Especial inicial párrafo 7.374.

[17] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 8.1 a).

[18] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.620 y 8.1 b).

[19] Pruebas documentales US-23a y MEX-11 presentadas al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-30 presentada al Grupo Especial.

[20] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.707.

fuera un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.[21] En consecuencia, el Grupo Especial constató que la medida sobre el atún inicial no era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2.[22] El Grupo Especial inicial decidió aplicar el principio de economía procesal respecto de las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[23]

1.5. En apelación, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial no había incurrido en error al caracterizar la medida sobre el atún inicial como un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[24] Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial había incurrido en error en su interpretación y aplicación de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* no eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y constató, en lugar de ello, que las disposiciones sobre el etiquetado "*dolphin safe*" eran incompatibles con esa disposición.[25] Además, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial había incurrido en error al concluir que la medida sobre el atún inicial restringía el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[26] El Órgano de Apelación también revocó la constatación del Grupo Especial según la cual la definición y la certificación *APICD dolphin safe* constituían una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, al tiempo que mantuvo la constatación del Grupo Especial según la cual la medida sobre el atún inicial no era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[27] Por último, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al decidir aplicar el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[28] El Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos que pusieran su medida en conformidad con sus obligaciones en virtud del Acuerdo OTC.[29]

1.6. El 13 de junio de 2012, el OSD adoptó los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación. El 2 de agosto de 2012, México y los Estados Unidos informaron al OSD de que era necesario más tiempo a fin de mantener conversaciones para fijar de mutuo acuerdo un plazo prudencial para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD.[30] El 17 de septiembre de 2012, México y los Estados Unidos informaron al OSD de que habían acordado un plazo prudencial de 13 meses contados a partir del 13 de junio de 2012. El plazo prudencial expiró el 13 de julio de 2013.[31]

[21] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.740.
[22] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 8.1 c).
[23] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.748 y 8.2.
[24] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 199 y 407 a).
[25] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 299 y 407 b).
[26] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 331 y 407 c). Sin embargo, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial inicial de que el objetivo de los Estados Unidos de "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines" era un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Además, el Órgano de Apelación rechazó la solicitud de México de que se constatara que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la base de la constatación del Grupo Especial inicial de que la medida no alcanzaba plenamente sus objetivos. (*Ibid*., párrafos 342 y 407 d) y e).)
[27] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 401 y 407 f).
[28] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 405 y 407 g).
[29] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 408.
[30] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.12 (donde se hace referencia a la Comunicación de México y los Estados Unidos relativa al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS381/16).
[31] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.12 (donde se hace referencia al Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD, WT/DS381/17).

1.7. El 9 de julio de 2013, los Estados Unidos publicaron en su *Federal Register* un instrumento jurídico titulado "Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún"[32] (norma definitiva de 2013).[33] La norma definitiva de 2013 introducía ciertas modificaciones en los artículos 216.91 y 216.93 del Título 50 del CFR.[34] Ni la DPCIA ni la decisión judicial en el caso *Hogarth* fueron modificadas.[35] Según los Estados Unidos, la norma definitiva de 2013 es la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.[36]

1.8. México considera que los Estados Unidos no han puesto su régimen de etiquetado para los productos de atún "*dolphin safe*" en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, y que el régimen sigue siendo incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los acuerdos abarcados.[37] El 2 de agosto de 2013, México y los Estados Unidos informaron al OSD de su Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD[38] y, el 14 de noviembre de 2013, México solicitó que se estableciera un grupo especial de conformidad con el artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el artículo 14 del Acuerdo OTC y el artículo XXIII del GATT de 1994.[39]

1.9. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, México indicó que la "medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD, denominada en adelante la "medida sobre el atún modificada", comprendía: i) la DPCIA; ii) el apartado H de la Parte 216 del Título 50 del CFR, modificado por la norma definitiva de 2013[40] (reglamento de aplicación); iii) la decisión judicial en el caso *Hogarth*; y iv) cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los incisos i) a iii), incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos.[41] México alegó que la medida sobre el atún modificada seguía siendo incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[42] Sobre esa base, México solicitó al Grupo Especial que constatara que los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD.[43]

1.10. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 14 de abril de 2015. Antes de examinar el fondo del asunto, el Grupo Especial abordó varias cuestiones preliminares.[44] El Grupo Especial rechazó dos argumentos formulados por

[32] Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC), Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA), Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, *United States Federal Register*, volumen 78, Nº 131 (9 de julio de 2013), páginas 40997-41004 (Prueba documental MEX-7 presentada al Grupo Especial).

[33] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.13 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 10).

[34] El artículo 216.92 del reglamento de aplicación inicial no fue modificado por la norma definitiva de 2013. (Informe del Grupo Especial, párrafos 3.32 y 3.39.)

[35] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.32.

[36] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.13.

[37] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México, página 2.

[38] WT/DS381/19. Las partes acordaron, entre otras cosas, que, en caso de que el OSD resuelva, como consecuencia de un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que una medida destinada al cumplimiento no existe o es incompatible con un acuerdo abarcado, México podrá solicitar autorización para suspender a los Estados Unidos la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados de conformidad con el artículo 22 del ESD, y que los Estados Unidos no alegarán que México está imposibilitado de obtener esa autorización del OSD por haber formulado su solicitud fuera del plazo de 30 días especificado en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

[39] WT/DS381/20.

[40] USDOC, Servicio Nacional de Pesca Marítima/NOAA, Etiquetado *dolphin safe* del Atún, CFR, Título 50, Parte 216, apartado H (artículos 216.90-216.95), modificado (Prueba documental US-2 presentada al Grupo Especial).

[41] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.1.

[42] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.2. México también alegó que la medida sobre el atún modificada anula o menoscaba las ventajas resultantes para México del GATT de 1994 en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII de dicho Acuerdo.

[43] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.3 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 331).

[44] Una cuestión de procedimiento abordada por el Grupo Especial fue la solicitud de ampliación de los derechos de tercero formulada por la Unión Europea. Tras examinar la solicitud y consultar a las partes, el Grupo Especial decidió rechazar la solicitud. (Informe del Grupo Especial, párrafo 1.8.)

los Estados Unidos en relación con el alcance de la competencia del Grupo Especial en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, a saber: i) que el alcance del examen del Grupo Especial estaba limitado a la medida destinada al cumplimiento -la norma definitiva de 2013- y no se extendía a la medida sobre el atún modificada en su totalidad; y ii) que el Grupo Especial no podía considerar las alegaciones de México relativas a tres elementos de la medida sobre el atún modificada -los criterios de admisibilidad para utilizar la etiqueta *dolphin safe*, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, y las prescripciones en materia de observadores o de certificación diferentes- porque esos elementos no habían variado con respecto a la medida sobre el atún inicial, y el Órgano de Apelación no había constatado que fueran incompatibles con las normas de la OMC en el procedimiento inicial. El Grupo Especial consideró que la cuestión jurídica que se le había sometido era si la medida sobre el atún modificada, incluida la norma definitiva de 2013, ponía a los Estados Unidos en conformidad con las normas de la OMC[45], y que tenía competencia para examinar todas las alegaciones de México, incluso en lo que se referían a los criterios de admisibilidad y a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.[46] Además, al comienzo de su análisis de la alegación de México en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, teniendo en cuenta las constataciones formuladas en el procedimiento inicial, así como el acuerdo de ambas partes, el Grupo Especial aceptó que el régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos es un "reglamento técnico" a los efectos del Acuerdo OTC, y que los productos de atún pertinentes son "similares".[47]

1.11. En su informe, el Grupo Especial formuló las siguientes constataciones con respecto a los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" que figuran en la medida sobre el atún modificada[48]:

a. con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

   i. los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada no dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país y, por lo tanto, son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC[49];

   ii. las prescripciones en materia de certificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC[50]; y

   iii. las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los

[45] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.24 y 7.43. El Grupo Especial indicó que ese cometido exigía necesariamente que examinara no solo el contenido de la propia norma definitiva de 2013, sino también la manera en que esa norma interactúa (o no interactúa) con los demás elementos que componen la medida sobre el atún modificada. (*Ibid*., párrafo 7.23.)

[46] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.43. El Grupo Especial discrepó de los Estados Unidos en que la norma definitiva de 2013 fuera "separable del resto de la medida sobre el atún", y expresó en cambio la opinión de que la norma definitiva de 2013 era "parte integrante de la medida sobre el atún modificada" y "el hecho de que agregue nuevas prescripciones en lugar de modificar las preexistentes ... no tiene el efecto de hacer que el resto de la medida sobre el atún, que fue el objeto de las resoluciones y recomendaciones del OSD, quede fuera de [la] competencia [del Grupo Especial]". (*Ibid.*, párrafo 7.41. (no se reproduce la nota de pie de página))

[47] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.71 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.251; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 202; primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 205 y 208; primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 181; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 181).

[48] Los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" que figuran en la medida sobre el atún modificada se explican *infra*, párrafos 6.8-6.14 y 7.5.

[49] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.135 y 8.2.a.

[50] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.233, 7.263 y 8.2.b.

Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC[51];

b. con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del GATT de 1994:

i. los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada conceden al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[52];

ii. las prescripciones en materia de certificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada conceden al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[53]; y

iii. las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada conceden al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[54];

c. con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes, y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada están justificados provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX[55]; y

d. con respecto a la cuestión de si los aspectos impugnados de la medida sobre el atún modificada cumplen los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada se aplican de manera que cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX, mientras que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican de manera que no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.[56]

1.12. El Grupo Especial recomendó, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD solicitara a los Estados Unidos que pusieran su medida en conformidad con sus obligaciones en virtud del Acuerdo OTC y el GATT de 1994.[57]

1.13. El 5 de junio de 2015, los Estados Unidos notificaron al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su propósito de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentaron un anuncio de apelación y una comunicación del apelante.[58] El 10 de junio de 2015, México notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su propósito de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de apelación y una comunicación en calidad de otro

[51] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.402 y 8.2.c.
[52] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.451, 7.499 y 8.3.a.
[53] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.456, 7.501 y 8.3.b.
[54] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.465, 7.503 y 8.3.c.
[55] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.541 y 8.4.
[56] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.585, 7.605, 7.611 y 8.5.
[57] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.
[58] De conformidad con las Reglas 20 y 21, respectivamente, de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010 (Procedimientos de trabajo).

apelante.[59] El 23 de junio de 2015, México y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones del apelado.[60] El 26 de junio de 2015, el Canadá, el Japón, Nueva Zelandia y la Unión Europea presentaron sendas comunicaciones en calidad de tercero participante.[61] El mismo día, Australia, China, Corea, Guatemala y Noruega notificaron, cada uno de ellos, su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.[62] El 17 de septiembre de 2015, Tailandia también notificó su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.[63]

1.14. El 13 de julio de 2015, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación informó a los participantes y a los terceros participantes de que la audiencia tendría lugar los días 7 y 8 de septiembre de 2015. El 15 de julio de 2015, la Sección recibió una carta de México por la que solicitaba que la audiencia no se celebrara cuando estaba programada porque un miembro clave del equipo litigante de México no estaría disponible en esas fechas. México sostenía que asistir a la audiencia con un equipo jurídico reducido repercutiría en su capacidad de presentar adecuadamente sus argumentos ante el Órgano de Apelación. México solicitó a la Sección que modificara la fecha de la audiencia, adelantándola o posponiéndola a los días 7 y 8 de septiembre de 2015, y propuso los días 3 y 4 o los días 21 y 22 de septiembre como posibles fechas alternativas. La Sección escribió a los Estados Unidos y a los terceros participantes y les pidió su opinión sobre la solicitud de México. Ni los Estados Unidos ni ninguno de los terceros participantes pusieron objeciones a la solicitud de México, al menos con respecto a las fechas alternativas propuestas de los días 21 y 22 de septiembre de 2015. El 21 de julio de 2015, la Sección emitió una resolución de procedimiento en la que constataba que México había identificado "circunstancias excepcionales", en el sentido del párrafo 2 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación[64], que justificaban la modificación de las fechas de la audiencia, y decidió celebrar la audiencia los días 21 y 22 de septiembre de 2015.[65] Al llegar a su conclusión, la Sección tuvo en cuenta el derecho de México a defender adecuadamente sus argumentos, así como el elevado nivel de actividad experimentado actualmente en el sistema de solución de diferencias de la OMC, que podía menoscabar la capacidad de un Miembro para participar efectivamente en varios procedimientos paralelos.[66]

1.15. Mediante una carta de fecha 3 de agosto de 2015[67], el Presidente del Órgano de Apelación notificó al Presidente del OSD que el Órgano de Apelación no podría distribuir su informe dentro del plazo de 60 días previsto en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD ni dentro del plazo de 90 días estipulado en esa misma disposición. El Presidente del Órgano de Apelación explicó que ello se debía a varios factores, que incluían la considerable carga de trabajo del Órgano de Apelación, las dificultades de programación que se derivaban de la superposición de las secciones que entendían en las apelaciones que simultáneamente estaban pendientes ante el Órgano de Apelación, la reprogramación de la audiencia de esta apelación, el número y la complejidad de las cuestiones planteadas en este procedimiento de apelación y en otros concurrentes, y la falta de personal en la Secretaría del Órgano de Apelación. El Presidente del Órgano de Apelación estimó que el informe en esta apelación se distribuiría a los Miembros de la OMC a más tardar el viernes 20 de noviembre de 2015.

1.16. La audiencia de esta apelación se celebró los días 21 y 22 de septiembre de 2015. Los participantes y cinco de los terceros participantes (Australia, el Canadá, el Japón, Noruega y Nueva Zelandia) formularon declaraciones orales iniciales. Los participantes y terceros

[59] De conformidad con la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.
[60] De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.
[61] De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.
[62] De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.
[63] El 17 de septiembre de 2015, Tailandia presentó la lista de los integrantes de su delegación para la audiencia a la Secretaría del Órgano de Apelación y a los participantes y terceros participantes en la diferencia. A efectos de la presente apelación, hemos interpretado este acto como una notificación de la intención de Tailandia de asistir a la audiencia de conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.
[64] WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010.
[65] La resolución de procedimiento figura en el anexo D del *Addendum* al presente informe (WT/DS381/AB/RW/Add.1).
[66] El Órgano de Apelación señaló, en particular, que al menos algunos miembros de los equipos jurídicos que representan a los Estados Unidos y a México en esta apelación representaban también a esos Miembros en el procedimiento de arbitraje sobre la diferencia *Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, y que había una audiencia de ese procedimiento de arbitraje programada para los días 15 y 16 de septiembre de 2015.
[67] WT/DS381/26.

participantes respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección del Órgano de Apelación que entiende en la apelación.[68]

2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

2.1. Las alegaciones y argumentos de los participantes están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas que han facilitado al Órgano de Apelación.[69] Los anuncios de apelación y de otra apelación, así como los resúmenes de las alegaciones y argumentos de los participantes, figuran en los anexos A y B del *Addendum* al presente informe (documento WT/DS381/AB/RW/Add.1).

3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

3.1. Los argumentos de los terceros participantes que han presentado comunicaciones escritas están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas que han facilitado al Órgano de Apelación[70] y figuran en el anexo C del *Addendum* al presente informe (documento WT/DS381/AB/RW/Add.1).

4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN

4.1. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

a. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y del párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994, al formular constataciones separadas con respecto a cada uno de los tres conjuntos diferentes de prescripciones previstos en la medida sobre el atún modificada[71], en lugar de formular constataciones en el marco de esas disposiciones con respecto a la medida sobre el atún modificada en su totalidad (planteada por México);

b. con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

   i. con respecto al efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada, la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense sobre la base de que esas prescripciones imponen a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO una carga menor que a los productos de atún derivados de atún capturado dentro de esa pesquería (planteada por los Estados Unidos);

   ii. con respecto al análisis realizado por el Grupo Especial de si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima:

      – la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 al articular un criterio jurídico incorrecto (planteada por los Estados Unidos);

---

[68] El 29 de junio de 2015, el Órgano de Apelación recibió un escrito *amicus curiae* no solicitado de un Profesor de derecho. La Sección que entiende en esta apelación no consideró necesario basarse en el escrito *amicus curiae* al emitir su decisión.

[69] De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación sobre los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación". (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015.)

[70] De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación sobre los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación". (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015.)

[71] Los tres conjuntos diferentes de prescripciones -los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación"- que figuran en la medida sobre el atún modificada se explican *infra*, párrafos 6.8-6.14 y 7.5.

– con respecto a los "criterios de admisibilidad" (planteadas por México):

- la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 al hacer una lectura errónea de las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial; y

- la cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al llegar a sus constataciones: i) en relación con los efectos perjudiciales no observados que causa a los delfines el método de "lances sobre" delfines; ii) en relación con los efectos perjudiciales no observados que causan a los delfines los métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines; y iii) de que el Órgano de Apelación había formulado una constatación en el procedimiento inicial según la cual los lances sobre delfines son más dañinos para los delfines que otros métodos de pesca; y

– con respecto a las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación":

- la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 al no tener en cuenta: i) los niveles de riesgo diferentes para los delfines dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO; o ii) el hecho de que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación que se aplican a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO reflejan obligaciones internacionales contraídas en el marco del APICD (planteada por los Estados Unidos);

- la cuestión de si el Grupo Especial prescindió de pruebas obrantes en el expediente y en consecuencia actuó de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al no constatar que: i) en algunos casos los capitanes tienen un incentivo económico para no notificar todos los casos de heridas y mortalidad de delfines; y ii) la asociación entre el atún y los delfines y los lances sobre delfines se producen en determinadas regiones oceánicas fuera del PTO (planteada por México); y

- la cuestión de si, con respecto a las "disposiciones relativas a las determinaciones"[72] (planteada por los Estados Unidos):

  - el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 al: i) realizar indebidamente la argumentación por México; y ii) formular sus constataciones basándose únicamente en el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones y no en su aplicación;

  - el Grupo Especial actuó de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al no basar sus constataciones en fundamentos probatorios suficientes; y

c. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 a la medida sobre el atún modificada al constatar que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación previstas en la medida sobre el atún modificada conceden a los productos de atún procedentes de otros Miembros una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" que no es "concedido inmediata e incondicionalmente" a los productos similares procedentes de México porque imponen a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de

[72] Las "disposiciones relativas a las determinaciones" que figuran en la medida sobre el atún modificada se explican *infra*, párrafo 6.11.

la pesquería de grandes buques de cerco del PTO una carga menor que a los productos de atún derivados de atún capturado dentro de esa pesquería (planteada por los Estados Unidos);

d. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 a la medida sobre el atún modificada al constatar que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación previstas en la medida sobre el atún modificada conceden a los productos de atún mexicanos un "trato menos favorable" que el concedido a los productos nacionales similares porque imponen a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO una carga menor que a los productos de atún derivados de atún capturado dentro de esa pesquería (planteada por los Estados Unidos); y

e. con respecto a la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994:

   i. la cuestión de si, al evaluar "los países en que prevalezcan las mismas condiciones", el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la parte introductoria del artículo XX al constatar que:

      - las condiciones no son las mismas por lo que respecta a los criterios de admisibilidad (planteada por México); o

      - las condiciones son las mismas por lo que respecta a las prescripciones en materia certificación y a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación (planteada por los Estados Unidos);

   ii. la cuestión de si, al evaluar la "discriminación arbitraria o injustificable":

      - el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la parte introductoria del artículo XX al articular un criterio jurídico incorrecto y al basarse indebidamente en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (planteada por los Estados Unidos);

      - el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la parte introductoria del artículo XX al constatar que los criterios de admisibilidad no se aplican en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable (planteada por México);

      - el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la parte introductoria del artículo XX al constatar que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación se aplican en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable y, más concretamente, si el Grupo Especial incurrió en error (planteada por los Estados Unidos):

         - al no tener en cuenta los niveles de riesgo diferentes para los delfines dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO;

         - al no tener en cuenta el hecho de que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación que se aplican en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO reflejan obligaciones internacionales contraídas en el marco del APICD; y

         - al constatar que, debido a las disposiciones relativas a las determinaciones, las prescripciones en materia de certificación constituyen un medio de discriminación arbitrario o injustificable.

5 CUESTIONES PRELIMINARES

5.1 Información comercial confidencial

5.1. En la portada de la comunicación del apelado presentada por México se indica que "contiene información comercial confidencial (ICC) en la página 13".[73] México indica asimismo en la carta de acompañamiento de su comunicación del apelado que ha dado traslado de una "versión no ICC" de dicha comunicación a los terceros participantes.

5.2. Ninguno de los participantes ha solicitado que adoptemos procedimientos especiales para el tratamiento de la información que se ha designado como ICC en este procedimiento de apelación, aunque, en su comunicación en calidad de tercero participante, la Unión Europea solicita que se aborde la cuestión de la ICC en el presente informe. Sin embargo, la Unión Europea no hace referencia a la comunicación del apelado presentada por México, sino que afirma que, en este procedimiento, su capacidad para formular observaciones sobre el informe del Grupo Especial está menoscabada por la gran cantidad de texto suprimido, del que se dice que contiene ICC, en el razonamiento del Grupo Especial sobre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación previstas en la medida sobre el atún modificada.[74]

5.3. En las diferencias en las que se han planteado cuestiones relativas a la ICC, el Órgano de Apelación ha subrayado la necesidad de distinguir entre "el nivel general de confidencialidad que se aplica en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, como se prevé en el párrafo 2 del artículo 18 y el párrafo 1 del artículo 13 del ESD" y "el nivel adicional de protección de la información comercial sensible que puede decidir adoptar un grupo especial, normalmente a petición de una parte".[75] Corresponde a las partes solicitar la protección adicional de la ICC y justificar su necesidad.[76] Corresponde al grupo especial y/o al Órgano de Apelación determinar, sobre la base de criterios objetivos, si determinada información merece una protección adicional, así como el grado de protección que está justificado.[77] Cuando se adoptan procedimientos adicionales para proteger la ICC, el grupo especial y/o el Órgano de Apelación deben también "pronunciarse sobre cualquier desacuerdo o diferencia que pueda surgir en el marco de esos procedimientos en lo que respecta a la designación o el trato de la información como información comercial confidencial".[78] Corresponde, además, al órgano jurisdiccional velar por que se establezca un equilibrio apropiado entre la necesidad de proteger contra el riesgo de daño que pudiera derivarse de la divulgación de una información particularmente sensible, por una parte, y la integridad del proceso de resolución, los derechos de participación de los terceros participantes

[73] En la página 13 de esa comunicación, dos frases del párrafo 29 y cuatro frases de la nota 50 al párrafo 29 figuran entre dobles corchetes, lo que indica que esas frases son ICC.

[74] La Unión Europea sostiene que su capacidad para formular observaciones sobre el análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación realizado por el Grupo Especial está "obstaculizada" por el informe del Grupo Especial distribuido a los Miembros, que "contiene numerosos casos en los que información supuestamente confidencial se ha eliminado en gran parte". La Unión Europea señala que el Grupo Especial calificó parte de esta información como "crucial" para su evaluación. (Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 52 (donde se cita informe del Grupo Especial, párrafo 7.561).) La Unión Europea observa que su capacidad para participar como tercero participante se ha limitado significativamente y, remitiéndose al párrafo 2 del artículo 18 del ESD, estima que "el informe del Grupo Especial debería haber incluido alguna indicación sobre la extensión de las supresiones y un resumen no confidencial de la información suprimida". (*Ibid.*, párrafo 52.)

[75] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tubos de altas prestaciones (Japón)/China - Tubos de altas prestaciones (UE)*, párrafo 5.315.

[76] En *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación explicó que la "carga [de presentar una justificación] aumentará cuanto más afecten las medidas propuestas al ejercicio por el Órgano de Apelación de su deber de pronunciarse, al ejercicio por los participantes de sus derechos a un procedimiento con las debidas garantías y a que se resuelva la diferencia, al ejercicio por los terceros participantes de su derecho a participar, y a los derechos e intereses sistémicos de los Miembros de la OMC en general". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, anexo III, Resolución de procedimiento de 10 de agosto de 2010, párrafo 10. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *China - Tubos de altas prestaciones (Japón)/China - Tubos de altas prestaciones (UE)*, párrafo 7.311.)

[77] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, anexo III, Resolución de procedimiento de 10 de agosto de 2010, párrafo 15.

[78] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tubos de altas prestaciones (Japón)/China - Tubos de altas prestaciones (UE)*, párrafo 5.311.

y los derechos e intereses sistémicos de los Miembros de la OMC en general, por otra.[79] Un grupo especial debe establecer ese mismo equilibrio al aplicar cualquier procedimiento adicional que se adopte. Esto significa, entre otras cosas, que al considerar si suprime o no información de su informe, un grupo especial "debe tener presentes los derechos de los terceros y otros Miembros de la OMC en virtud de diversas disposiciones del ESD"[80] y "esforzarse para lograr que la versión pública de sus informes distribuida a todos los Miembros de la OMC sea comprensible."[81]

5.4. En el presente procedimiento, si bien en la portada del informe del Grupo Especial no figura la mención ICC, el Grupo Especial suprimió, total o parcialmente, 17 párrafos y 3 notas de pie de página de su informe, sustituyendo en cada caso el texto suprimido por la siguiente indicación: "**[[ICC]]**".[82] No vemos indicación alguna en el expediente del Grupo Especial que haga pensar que México o los Estados Unidos solicitaran la adopción de procedimientos especiales para proteger la ICC. Tampoco consta en el expediente que el Grupo Especial adoptara esos procedimientos especiales, ni como parte de su Procedimiento de trabajo ni con carácter *ad hoc*.[83] En el informe del Grupo Especial tampoco se indican los criterios utilizados para identificar la información que se consideró constituía ICC. Por tanto, nos sorprende el hecho de que el Grupo Especial suprimiera de su informe partes de su razonamiento, y no tenemos certeza del fundamento jurídico en que se basó para hacerlo.

5.5. Observamos también que, al no haber sido solicitados por los participantes, los procedimientos para la protección adicional de la ICC no son aplicables en este procedimiento de apelación.

5.2 El ámbito del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21

5.6. Una segunda cuestión preliminar se refiere al ámbito de este procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Observamos que ni México ni los Estados Unidos alegan en apelación que el Grupo Especial incurriera en error al interpretar el párrafo 5 del artículo 21, o al interpretar el ámbito y la naturaleza del procedimiento realizado de conformidad con esta disposición.[84] No obstante, consideramos que es útil recordar algunas observaciones que ha formulado anteriormente el Órgano de Apelación a este respecto.

---

[79] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, anexo III, Resolución de procedimiento de 10 de agosto de 2010, párrafo 15.

[80] Por ejemplo, el párrafo 7 del artículo 12 y el artículo 16 del ESD. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 279.

[81] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 279.

[82] Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.15, 6.16, 6.18, 7.309-7.311, 7.319-7.322, 7.356-7.359, 7.361, 7.362 y 7.370, y las notas 79, 515 y 579 a dichos párrafos. Observamos que el expediente del Grupo Especial que se transmitió al Órgano de Apelación contiene una versión del informe del Grupo Especial en cuya portada dice "**[VERSIÓN ICC]**"; que lleva la signatura "WT/DS381/BCI/RW" en cada página; y que incluye todo el texto que fue suprimido del informe del Grupo Especial distribuido a los Miembros el 14 de abril de 2015, que lleva la signatura "WT/DS381/RW" en cada página.

[83] Los participantes confirmaron nuestra interpretación en este sentido en sus respuestas a las preguntas formuladas en la audiencia.

[84] No obstante, los Estados Unidos sí adujeron ante el Grupo Especial que la norma definitiva de 2013 era el único instrumento que constituía la "medida destinada[] a cumplir" las recomendaciones y resoluciones del OSD, y que el Grupo Especial debía limitar el alcance de su examen a este instrumento jurídico. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.17 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 13; y a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 4).) Los Estados Unidos adujeron asimismo que los tres elementos de la medida sobre el atún modificada en que México basaba sus alegaciones -a saber, los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación- no habían variado con respecto a la medida inicial y, por consiguiente, México no podía formular alegaciones sobre esos elementos en este procedimiento sobre el cumplimiento. (*Ibid*., párrafo 7.27.) El Grupo Especial rechazó los argumentos de los Estados Unidos. Razonó, entre otras cosas, que una medida destinada al cumplimiento es, en principio, una "medida nueva y distinta" aunque contenga aspectos que no han variado con respecto a la medida inicial. (*Ibid*., párrafo 7.39 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 432; y *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 36).) Por tanto, el Grupo Especial declaró que su mandato era examinar "si la medida sobre el atún modificada, *incluida* la norma definitiva de 2013, pone a los Estados Unidos en conformidad" con el Acuerdo sobre la OMC. (*Ibid*., párrafos 7.24 y 7.43. (sin cursivas en el original))

5.7. La función de un grupo especial que actúa en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD consiste en resolver los desacuerdos "en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado".[85] El procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se refiere a "una medida nueva y distinta que no fue sometida al grupo especial que entendió inicialmente en el asunto"[86], de modo que "las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas pertinentes a la 'medida destinada a cumplir' las recomendaciones y resoluciones no sean, necesariamente, los mismos que eran pertinentes en la diferencia inicial".[87] Cuando un Miembro revisa una medida declarada incompatible con la OMC en el procedimiento inicial modificando solo determinados aspectos y dejando otros sin modificar, esa revisión, en principio, transforma la medida inicial "en su integridad"[88] en una "medida nueva y distinta".[89] En efecto, aunque determinados elementos de una medida destinada a cumplir no varíen con respecto a una medida inicial, la importancia y el significado jurídicos de esos elementos pueden verse alterados como consecuencia de las modificaciones introducidas en otras partes de la medida destinada a cumplir.[90]

5.8. Al examinar la compatibilidad con la OMC de una medida "destinada[ ] a cumplir", los grupos especiales sobre el cumplimiento deben tener presente el principio de la pronta solución de las diferencias plasmado en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD.[91] En consecuencia, el procedimiento sobre el cumplimiento no puede utilizarse "para 'volver a plantear' cuestiones que fueron decididas en cuanto al fondo en el procedimiento inicial".[92] Al mismo tiempo, si determinadas alegaciones contra aspectos de una medida no se decidieron en cuanto al fondo en el procedimiento inicial, "no están abarcadas por las recomendaciones y resoluciones del OSD" y, por lo tanto, "un Miembro no debe tener derecho a suponer que esos aspectos de la medida son compatibles con los acuerdos abarcados".[93] En *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, el Órgano de Apelación declaró que "[n]ormalmente no se admitiría que un Miembro reclamante formulase, en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, alegaciones que no hubiera planteado en el procedimiento inicial pudiendo hacerlo".[94] En el asunto *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, aclaró, no obstante, que no es así en el caso de "las nuevas alegaciones contra una medida destinada a cumplir" cuando dicha medida "incorpora elementos de

[85] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 102. Véase también el informe del Grupo Especial, *CE - Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*, párrafos 7.22 y 7.23.

[86] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 41.

[87] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 41.

[88] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafo 87.

[89] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 432; y *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 41.

[90] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, nota 101 al párrafo 86. El Órgano de Apelación razonó que un elemento de la determinación antidumping formulada para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD -a saber, el volumen de las "importaciones objeto de dumping"- podría afectar a otro elemento de esa determinación que no había variado con respecto a la medida inicial -a saber, el daño causado por "otros factores"-.

[91] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 94. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafo 97; y *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 236.

[92] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 7.47 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 427; y se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 96-98). Así, por ejemplo, un reclamante que no ha hecho una acreditación *prima facie* en el procedimiento inicial respecto de un elemento de la medida que no ha sido modificado desde el procedimiento inicial "no puede replantear la misma alegación respecto del elemento de la medida que no ha sido modificado en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 210 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 93).) De modo similar, "un reclamante no puede volver a invocar la misma alegación contra un aspecto no modificado de la medida que en el procedimiento inicial se constató que era *compatible con la normativa de la OMC*." (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 210 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafo 96). (las cursivas figuran en el original))

[93] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 424.

[94] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 211.

la medida inicial que no han sido modificados, pero que no se pueden separar de otros aspectos de la medida destinada a cumplir".[95] Por tanto, la posibilidad de impugnar por primera vez un elemento de la medida en litigio en el procedimiento sobre el cumplimiento, aunque ese elemento no se haya modificado, depende de la "cuestión esencial" de si dicho elemento forma "parte integrante de la medida destinada a cumplir".[96]

5.9. El Órgano de Apelación ha explicado también que "el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no tiene lugar de manera aislada del procedimiento inicial, sino que ambos procedimientos forman parte de un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad".[97] Como el párrafo 5 del artículo 21 del ESD vincula expresamente las "medidas destinadas a cumplir" a las recomendaciones y resoluciones del OSD concernientes a la medida inicial, el examen por un grupo especial de una medida destinada a cumplir "no puede realizarse abstrayéndolo de las constataciones del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD"[98], sino que debe realizarse "con el debido conocimiento de esos antecedentes".[99] En efecto, "podrían surgir dudas sobre el carácter objetivo de la evaluación de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21" si, respecto de una cuestión específica, dicho grupo especial "se apartara del razonamiento" contenido en el informe inicial "sin que haya existido ningún cambio en las pruebas fundamentales que obran en el expediente".[100] En otras palabras, un grupo especial sobre el cumplimiento debe tener debidamente en cuenta el razonamiento pertinente que llevó a que la medida inicial se declarase incompatible con la OMC en su examen de si la medida destinada a cumplir corrige esas incompatibilidades con la OMC. La pertinencia del razonamiento y las constataciones iniciales para un análisis por el grupo especial sobre el cumplimiento debe determinarse caso por caso, y puede variar en función de factores como el grado de similitud entre la medida destinada a cumplir y la medida inicial, o la medida en que hayan cambiado las características del mercado pertinente.

6 ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA MEDIDA EN LITIGIO

6.1. El presente procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se refiere a un régimen de etiquetado para los productos de atún[101] mantenido por los Estados Unidos.

6.2. La pesca comercial de atún puede tener efectos perjudiciales sobre los mamíferos marinos, entre ellos los delfines, que pueden variar en función de factores como el método de pesca utilizado, el tamaño del buque de pesca y la zona del océano en que el buque realiza la pesca de atún. Desde el decenio de 1970[102], los Estados Unidos han adoptado determinadas medidas

[95] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 432.

[96] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 434. Véase también el informe del Grupo Especial, *CE - Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*, párrafo 7.65.

[97] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 386.

[98] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 102; y *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 77).

[99] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121).

[100] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 103. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 386.

[101] En el artículo 1385(c)(5) de la DPCIA se definen los "productos de atún" como "alimento que contiene atún y ha sido elaborado para su venta al por menor, con excepción de los emparedados, ensaladas y demás productos perecederos cuya vida útil es inferior a tres días". Además, a los efectos del artículo 216 del Título 50 del CFR, por "producto de atún" se entiende "cualquier producto alimenticio transformado para su venta al por menor y destinado al consumo humano o animal" que contenga una de las especies de atún enumeradas en el artículo 216.24(f)(2)(i) y (ii) del Título 50 del CFR, sin incluir "los productos perecederos cuya vida útil es inferior a tres días". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.60 y 7.61.)

[102] En el curso del procedimiento inicial, México comentó que "[l]a principal ley de los Estados Unidos referente en general a la cuestión de la protección de los delfines y otros mamíferos marinos es la Ley de

nacionales, y han participado en determinadas iniciativas multilaterales, destinadas a reducir los efectos perjudiciales sobre los delfines asociados a las operaciones de pesca comercial.

6.3. En 1990, los Estados Unidos establecieron un régimen nacional de etiquetado "*dolphin safe*" de los productos de atún mediante la promulgación de la DPCIA.[103] Como se explica *infra*, este instrumento, modificado posteriormente, junto con su reglamento de aplicación y una decisión judicial, constituyen la "medida sobre el atún modificada", la medida en litigio en el presente procedimiento sobre el cumplimiento. Conjuntamente, estos instrumentos tienen como objetivo: i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines; y ii) contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines.[104] La medida sobre el atún modificada define lo que constituyen productos de atún *dolphin safe* para los fines del mercado estadounidense y establece determinadas prescripciones y condiciones que deben satisfacerse para que un producto de atún vendido en los Estados Unidos lleve una etiqueta que indique que es *dolphin safe*. Las preferencias de los consumidores y los minoristas en los Estados Unidos hacen que una etiqueta *dolphin safe* tenga "un valor comercial significativo" en el mercado estadounidense de productos de atún.[105]

6.4. A nivel internacional, tanto los Estados Unidos como México son partes en el APICD, un acuerdo entre 14 países que entró en vigor en febrero de 1999.[106] El APICD, administrado por la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), se ocupa de un método concreto de pesca de atún (pesca mediante redes de cerco) en una zona determinada del océano, a saber, el Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO).[107]

6.5. En esta zona del océano[108] se produce una asociación habitual entre los atunes y los delfines, lo que significa que los bancos de atún tienden a formarse y a nadar por debajo de determinadas especies de delfines.[109] Así pues, determinados buques que operan en esta zona utilizan la técnica de pesca denominada "lances sobre" delfines, que aprovecha esta asociación y supone la persecución y cercamiento de los delfines con redes de cerco para capturar el atún que nada

Protección de los Mamíferos Marinos de 1972, modificada (la 'MMPA')". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 4.17.)

[103] México y las Comunidades Económicas Europeas impugnaron aspectos de la MMPA y la DPCIA en diferencias planteadas al amparo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, pero los informes de los Grupos Especiales que se ocuparon de esas diferencias nunca fueron adoptados. Se trata de los informes de los Grupos Especiales del GATT, *Estados Unidos - Atún (México)* y *Estados Unidos - Atún (CEE)*.

[104] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.523. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 302; y el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.401 y 7.425.

[105] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.289 y 7.290). Después de la campaña pública de la organización ecologista Earth Island Institute de fines de los años ochenta, las empresas de transformación de atún respondieron a las presiones para que dejaran de comprar atún capturado en condiciones que eran perjudiciales para los delfines. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.288.)

[106] Belice, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, El Salvador, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, el Perú, la Unión Europea y Venezuela son parte en el APICD. Bolivia y Vanuatu lo aplican de manera provisional. (Véase la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 47 al párrafo 60.)

[107] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.35. En 1976 la CIAT inició esfuerzos multilaterales que dieron lugar a la creación del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (PICD). Esos esfuerzos se vieron reflejados en una serie de acuerdos multilaterales. Se trata del Acuerdo de La Jolla (1992) y la Declaración de Panamá (1995), a los que sucedió el APICD (1999). (*Ibid*.)

[108] El PTO, como se define en la legislación de los Estados Unidos, se extiende hacia el oeste desde la costa occidental del continente americano para incluir la mayor parte del Pacífico Tropical al este de las Islas Hawái, y comprende zonas de alta mar y las zonas económicas exclusivas y los mares territoriales de Chile, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, El Salvador, los Estados Unidos, Francia (debido a la posesión francesa ultramarina de la Isla de Clipperton), Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y el Perú. Más concretamente, la DPCIA define el PTO como "la zona del Océano Pacífico comprendida entre los 40° de latitud norte, los 40° de latitud sur, los 160° de longitud oeste y las costas occidentales de América del Norte, Central y del Sur". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 356 al párrafo 172 (donde se cita el artículo 1385(c)(2) de la DPCIA).)

[109] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 4.6 y 7.306; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 355 al párrafo 172.

debajo de ellos.[110] El PTO es una "región pesquera tradicional" para México, y su flota atunera opera casi exclusivamente en él utilizando el método de efectuar lances sobre delfines.[111]

6.6. El APICD se negoció en respuesta a las pruebas de que cada año morían muchos delfines en el PTO[112] y, junto con los instrumentos que se han adoptado en su marco[113], establece un programa de vigilancia, seguimiento, verificación y certificación de determinadas prácticas de pesca de atún en el PTO.[114] Se reconoce que el APICD ha hecho una importante contribución a la protección de los delfines y a la extraordinaria reducción de la mortalidad de delfines observada en el PTO.[115] El APICD regula los métodos de pesca de los pequeños buques de cerco en el PTO en función del tamaño del buque, prohibiendo que los pequeños buques de cerco efectúen lances sobre delfines y permitiendo que los grandes buques de cerco efectúen lances sobre delfines únicamente dentro de límites de mortalidad de delfines (LMD) especificados.[116] En virtud del APICD, los grandes buques de cerco también están sujetos a varias prescripciones respecto de las artes de pesca que deben transportar y determinados procedimientos que deben realizar a fin de reducir los riesgos para los delfines derivados de efectuar lances sobre delfines. El APICD ha establecido determinados mecanismos para hacer cumplir estas prescripciones y límites de mortalidad. Además de disponer la presencia de observadores independientes a bordo de los grandes buques de cerco que pescan en el PTO, cada parte debe también establecer su propio programa de seguimiento y verificación, dirigido y aplicado por una autoridad nacional designada, y asegurarse de que comprenda auditorías y controles aleatorios periódicos de los productos de atún.[117] Por último, se establecen procedimientos voluntarios que permitirían que el atún capturado y sujeto a seguimiento de acuerdo con este programa recibiera una "certificación *APICD dolphin safe*".[118] Como se explica *infra*, la definición de "*dolphin safe*" del APICD no coincide con la

[110] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 355 al párrafo 172. El Grupo Especial inicial constató que el lance sobre delfines se emplea principalmente en el PTO a causa de la asociación habitual observada entre los atunes y los delfines en esa zona. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.306. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 248.)

[111] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234. Véase también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.308 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial inicial, párrafos 165, 167, 186 y 188).

[112] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.35.

[113] En particular, APICD, Resolución para adoptar el Sistema de seguimiento y verificación del atún modificado del APICD (Sistema de seguimiento y verificación del atún del APICD) (Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-36 presentada al Grupo Especial) (véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.296; y el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.40); y APICD, Resolución para establecer procedimientos para la Certificación de Atún *APICD Dolphin Safe* (Prueba documental MEX-115 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-56 presentada al Grupo Especial) (véase el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.41). Las dos resoluciones fueron adoptadas por las partes en el APICD el 20 de junio de 2001.

[114] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.39. El APICD tiene tres objetivos: i) reducir progresivamente la mortalidad incidental de delfines en la pesquería de atún con red de cerco en el Área del Acuerdo a niveles cercanos a cero, a través del establecimiento de límites anuales; ii) con el propósito de eliminar la mortalidad de delfines en esta pesquería, buscar métodos ambientalmente adecuados para capturar atunes aleta amarilla grandes no asociados con delfines; y iii) asegurar la sostenibilidad a largo plazo de las poblaciones de atún en el Área del Acuerdo, así como la de los recursos marinos vivos relacionados con esta pesquería; tomando en cuenta la interrelación entre especies en el ecosistema, particularmente por lo que hace a, entre otros, evitar, reducir y minimizar la captura incidental y los descartes de atunes juveniles y especies no objetivo. (Artículo II del APICD (Pruebas documentales US-23a y MEX-11 presentadas al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-30 presentada al Grupo Especial).)

[115] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.39 y 7.609.

[116] Los grandes buques de cerco se definen como los buques con una capacidad de carga de más de 363 toneladas métricas. El APICD no se aplica a otros buques de pesca en el PTO, como palangreros y buques para la pesca con caña y línea. Según los Estados Unidos, eso se debe a que esos buques no pueden efectuar lances sobre delfines. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 61 al párrafo 65; Anexos I, IV(I)(3)(c) y VII(6) al APICD (Pruebas documentales US-23a y MEX-11 presentadas al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-30 presentada al Grupo Especial).)

[117] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.611.

[118] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.41; artículo 2.1 de la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe* (Prueba documental MEX-56 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-115 presentada al Grupo Especial).

definición de "*dolphin safe*" en virtud de la medida estadounidense en litigio en la presente diferencia.[119]

6.1 La medida sobre el atún modificada

6.7. México impugna el régimen reglamentario estadounidense por el que se establecen las condiciones para la utilización de una etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense. Como se expone *supra*[120], en su solicitud de establecimiento de un grupo especial en el marco del párrafo 5 del artículo 21, México afirmó que el régimen de los Estados Unidos está formado por los tres instrumentos jurídicos siguientes: i) la DPCIA[121]; ii) el reglamento de aplicación[122]; y iii) la decisión judicial en el caso *Hogarth*.[123]

6.8. Considerados conjuntamente, la DPCIA, el reglamento de aplicación y la decisión judicial en el caso *Hogarth* constituyen la "medida sobre el atún modificada"[124] y condicionan el acceso a una etiqueta *dolphin safe* a determinadas prescripciones que varían en función del método de pesca con el que se captura el atún contenido en el producto de atún, la zona del océano en la que se capture y el tipo de buque utilizado. La DPCIA y el reglamento de aplicación prohíben también que se haga cualquier referencia a delfines, marsopas o mamíferos marinos en la etiqueta de un producto de atún si el atún que el producto contiene no cumple las condiciones de etiquetado enunciadas en esos instrumentos.[125]

6.9. La medida sobre el atún modificada establece varias condiciones sustantivas para el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. En primer lugar, la medida excluye del acceso a esa etiqueta a todos los productos de atún que contengan atún capturado mediante dos métodos de pesca: i) pesca en gran escala con redes de deriva en alta mar; y ii) buques que utilicen redes de cerco para cercar delfines o "efectuar lances" sobre ellos en cualquier parte del mundo.[126] Aunque la exclusión en la DPCIA de productos de atún obtenidos a partir de atún capturado mediante lances sobre delfines quedó suspendida en 2002 en virtud de una medida administrativa[127], la decisión judicial en el caso *Hogarth* derogó esa medida poco después[128], con lo que se restableció esta condición de

[119] De conformidad con la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe*, el "atún *dolphin safe*" se define como el "atún capturado en lances en los que no hay delfines muertos ni gravemente heridos" y el "atún no *dolphin safe*" se define como el "atún capturado en lances en que sí hay delfines muertos o gravemente heridos". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.40.)

[120] Véase el párrafo 1.9 *supra*.

[121] Prueba documental US-5 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-8 presentada al Grupo Especial.

[122] Prueba documental US-2 presentada al Grupo Especial.

[123] Prueba documental MEX-31 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-16 presentada al Grupo Especial. México también impugnó cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los apartados i) a iii), incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.1 (donde se hace referencia a la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México; y primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 11).)

[124] Las disposiciones estadounidenses sobre etiquetado *dolphin safe* no hacen obligatoria la utilización de una etiqueta *dolphin safe* para la importación o venta de productos de atún en los Estados Unidos. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 196.)

[125] Artículo 1385(d)(3)(B) de la DPCIA; artículo 216.90 del reglamento de aplicación. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

[126] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.35 y 3.36; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 174.

[127] De conformidad con el artículo 1385(h) de la DPCIA, el tipo de certificación exigido para los productos de atún que contienen atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO estaba sujeto a una constatación del Secretario de Comercio de los Estados Unidos acerca de si los lances sobre delfines o su cercamiento deliberados con redes de cerco estaban teniendo efectos perjudiciales importantes en cualquier población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO. El Secretario de Comercio de los Estados Unidos constató inicialmente que los lances sobre delfines no estaban teniendo efectos perjudiciales importantes en ninguna población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO. Esta constatación tuvo por efecto que los productos de atún que contenían atún capturado mediante lances sobre delfines podían llevar la etiqueta *dolphin safe* siempre que se cumplieran las demás condiciones de acceso a la etiqueta. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.18; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 176.)

[128] La constatación del Secretario de Comercio de los Estados Unidos fue revocada en el caso *Earth Island Institute v. Evans*, sobre la base de que el Secretario no realizó estudios exigidos por ley y de que los mejores testimonios científicos disponibles no respaldaron su constatación. La decisión fue confirmada en apelación en la decisión judicial en el caso *Hogarth*. En consecuencia, el artículo 1385(h) dispone que los

acceso al régimen estadounidense de etiquetado *dolphin safe*. La exclusión de productos de atún que contengan atún capturado mediante lances sobre delfines formaba parte por tanto de la medida sobre el atún inicial, y no ha cambiado con respecto a ella. En segundo lugar, todos los demás productos de atún, es decir, aquellos que contengan atún capturado mediante todos los demás métodos de pesca, pueden acceder a la etiqueta *dolphin safe* únicamente si en los lances de redes u otras artes en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín. En la medida sobre el atún modificada también se establecen varias prescripciones en materia de certificación y prescripciones en materia de seguimiento y verificación relacionadas con estas condiciones sustantivas.

6.10. Además de la pesca en gran escala con redes de deriva en alta mar[129], la medida sobre el atún modificada distingue tres categorías generales de pesquerías[130]: i) grandes buques de cerco[131] en el PTO[132] (la pesquería de grandes buques de cerco del PTO); ii) buques de cerco fuera del PTO[133] (la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO); y iii) otras pesquerías, que incluyen buques distintos de los de cerco en cualquier zona del océano y pequeños buques de cerco en el PTO (todas las demás pesquerías).[134] Para todas las pesquerías, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* requiere la certificación de que en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín (certificación de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín"). En el caso del atún capturado por buques de cerco comprendidos en las dos primeras categorías, otra condición para acceder a la etiqueta es la certificación de que en la expedición concreta en que se capturó el atún no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente (certificación de que "no se efectuaron lances sobre delfines"). La certificación o certificaciones pertinentes deben ser expedidas por el capitán del buque. En determinadas circunstancias definidas, puede que la certificación o certificaciones pertinentes deban ser expedidas también por un observador.

6.11. Más concretamente, en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, las dos certificaciones indicadas *supra* las deben expedir el capitán y un observador aprobado por el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (PICD). En el caso de los productos de atún derivados de atún capturado en cualquier otra pesquería que no sea la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, esas certificaciones solo las tiene que expedir, en principio, el capitán del buque.[135] En el caso de esos productos de atún, solo cuando el Administrador Adjunto del Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS)[136] haya formulado determinadas determinaciones, la medida sobre el atún modificada condiciona también el acceso a la etiqueta a que un observador cualificado y aprobado expida las certificaciones indicadas *supra*. Esta prescripción adicional que obliga a presentar una certificación o certificaciones de un observador se activa cuando el Administrador Adjunto del NMFS determina con respecto a una pesquería específica: i) dentro de la pesquería de buques de cerco no situada

---

productos de atún obtenidos a partir de atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* únicamente si el capitán y un observador aprobado por el PICD certifican que "no se efectuaron lances sobre delfines" y que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín". (Informe del Grupo Especial, párrafo 3.19. Véase también el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.15-2.20; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 175 y 176.)

[129] Artículo 1385(d)(1)(A) de la DPCIA y artículo 216.91(a)(3) del reglamento de aplicación.

[130] A los efectos de la presente diferencia, el término "pesquería" puede definirse según la zona geográfica en que se realiza la pesca, el buque y el método de pesca empleados y la especie objetivo. (Véase la respuesta de México a la pregunta 52 del Grupo Especial, párrafo 139 (donde se hace referencia a Organización para la Agricultura y la Alimentación, Glosario de pesca; puede consultarse en: <http://www.fao.org/fi/glossary/> (Prueba documental MEX-132 presentada al Grupo Especial); y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, párrafo 135).)

[131] El Grupo Especial indicó que, en consonancia con el APICD, la legislación estadounidense y los informes del procedimiento inicial, utilizaría la expresión "grandes buques de cerco" para hacer referencia a los buques de cerco con una capacidad de carga de más de 363 toneladas métricas que pescan en el PTO y la expresión "pequeños buques de cerco" para hacer referencia a los buques de cerco con una capacidad de carga de 363 toneladas métricas o menos que pescan en el PTO. (Informe del Grupo Especial, nota 28 al párrafo 3.12.)

[132] Artículo 1385(d)(1)(C), en conjunción con el artículo 1385(d)(2) de la DPCIA; artículo 216.91(a)(1) del reglamento de aplicación.

[133] Artículo 1385(d)(1)(B) de la DPCIA y artículo 216.91(a)(2) del reglamento de aplicación.

[134] Artículo 1385(d)(1)(D) de la DPCIA y artículo 216.91(a)(4) del reglamento de aplicación.

[135] En el caso de los productos de atún derivados de atún capturado en "todas las demás pesquerías", el capitán del buque solo tiene que presentar la certificación de que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín".

[136] El NMFS forma parte del USDOC.

en el PTO, que existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO; o ii) dentro de "todas las demás pesquerías", que hay una mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes.[137] El Grupo Especial se refirió a este aspecto de la medida sobre el atún modificada como las "disposiciones relativas a las determinaciones".[138]

6.12. Además, de conformidad con la medida sobre el atún modificada, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* exige separar el atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe* desde el momento de la captura y durante toda la cadena de transformación. El NMFS ha establecido el Programa de Seguimiento y Verificación del Atún (TTVP) con objeto de hacer un seguimiento y verificar la condición *dolphin safe* del atún.[139] La prescripción básica que obliga a separar el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe* desde el momento en que fue capturado hasta la descarga y la transformación se aplica independientemente de la zona del océano en la que se haya capturado el atún y del tipo de buque que lo haya capturado.[140] Sin embargo, a los productos derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se les aplican prescripciones en materia de separación más detalladas, habida cuenta de que el seguimiento y verificación del atún capturado en esta pesquería se deben realizar de conformidad con la Resolución para adoptar el Sistema de seguimiento y verificación del atún modificado del APICD[141] (el Sistema de seguimiento y verificación del APICD).[142]

6.13. Determinadas prescripciones en materia de documentación se refieren a la separación que deben realizar las personas y entidades que participen en la captura y transformación del atún. En primer lugar, todos los productos de atún importados en los Estados Unidos, con independencia del lugar en que se haya capturado el atún y de si se utiliza la etiqueta *dolphin safe*, deben ir acompañados por un Certificado de Origen de Pesquerías[143] (formulario 370) de la Administración

[137] De conformidad con la medida sobre el atún modificada, la prescripción que obliga a presentar una certificación o certificaciones de un observador también se activa cuando el Administrador Adjunto del NMFS ha determinado que los observadores están cualificados y autorizados para extender la certificación o certificaciones necesarias y esos observadores ya están a bordo del buque. El Administrador Adjunto del NMFS está facultado para formular esas determinaciones con respecto a todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. (Artículos 216.91(a)(2)(iii)(B) y 216.91(a)(4)(ii) del reglamento de aplicación.)

[138] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.249 y 7.256.

[139] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.26 y 3.28; artículo 1385(f) de la DPCIA; artículo 216.93 del reglamento de aplicación. Las disposiciones que establecen el TTVP figuran principalmente en CFR, Título 50, artículo 216.24, y artículos 216.91-216.93 del reglamento de aplicación. Mediante el empleo del TTVP, se recaba información de las empresas nacionales de transformación de atún, los buques atuneros estadounidenses y los importadores de productos de atún para verificar si los productos de atún etiquetados como *dolphin safe* cumplen las condiciones aplicables. (Informe del Grupo Especial, párrafo 3.26 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.31).)

[140] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.50 y 3.51. Por consiguiente, en el caso de todas las pesquerías, durante las expediciones de pesca, el atún capturado en lances designados "*dolphin safe*" debe almacenarse por separado del atún capturado en lances no *dolphin safe* desde el momento de la captura hasta la descarga. El capitán del buque o el observador, cuando proceda, deben designar pozos separados, y cualquier mezcla de atún *dolphin safe* y no *dolphin safe* en cualquier pozo hace que todo su contenido quede excluido de la etiqueta. (Informe del Grupo Especial, párrafos 3.28, 3.31 y 3.51; artículos 216.93(c)(1)(i), 216.93(c)(2)(i) y 216.93(c)(3)(i) del reglamento de aplicación. Véase también la Sección 4 del Sistema de seguimiento y verificación del APICD para el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO.) Además, el atún descargado en camiones, instalaciones de almacenamiento o buques de transporte debe cargarse o almacenarse de manera que se mantenga y se salvaguarde la identificación de la condición *dolphin safe* o no *dolphin safe* del atún al salir del buque. (Informe del Grupo Especial, párrafos 3.31 y 3.51; artículos 216.93(c)(1)(iv), 216.93(c)(2)(ii) y 216.93(c)(3)(ii) del reglamento de aplicación. Véase también la Sección 5 del Sistema de seguimiento y verificación del APICD, para el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO.) Por último, durante las actividades de enlatado de las fábricas de conservas estadounidenses, el atún no *dolphin safe* no se puede mezclar de ninguna manera ni en ningún momento durante la transformación con el atún ni los productos de atún *dolphin safe*, ni puede compartir los mismos contenedores de almacenamiento, cocinas, cintas transportadoras, mesas ni demás maquinaria de enlatado y etiquetado. (Informe del Grupo Especial, párrafos 3.31 y 3.51; artículo 216.93(d)(4) del reglamento de aplicación. Véase también la Sección 6(b) del Sistema de seguimiento y verificación del APICD para el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO.)

[141] Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-36 presentada al Grupo Especial.

[142] Adoptado el 20 de junio de 2001. (Artículo 216.93(c)(v) del reglamento de aplicación.)

[143] Prueba documental MEX-22 presentada al Grupo Especial.

Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA).[144] El importador debe indicar en el formulario 370 si tiene la intención de declarar la condición del producto de atún como "*dolphin safe*" y, en tal caso, debe adjuntar la certificación o certificaciones identificadas como necesarias para establecer la condición *dolphin safe* de la categoría de que se trate.[145] En segundo lugar, el atún capturado por grandes buques de cerco con pabellón estadounidense que pescan en el PTO debe ir acompañado por formularios para el seguimiento del atún (TFF), en los que se registra determinada información relativa a cada lance de atún realizado en una expedición de pesca concreta. Se utiliza un TTF para registrar los lances *dolphin safe* y otro para registrar los lances no *dolphin safe*. En el caso de los grandes buques de cerco que no tengan pabellón estadounidense que pesquen en el PTO, los números de los TFF se deben indicar en una certificación anexa al formulario 370.[146]

6.14. Asimismo, se aplican prescripciones en materia de seguimiento y verificación en relación con la supervisión por las autoridades estadounidenses de los importadores y las personas y entidades basadas en los Estados Unidos que participan en la captura y transformación de atún para venderlo en el mercado estadounidense. Las disposiciones pertinentes prevén la realización de comprobaciones del funcionamiento de las fábricas de conservas estadounidenses[147], y exigen a dichas fábricas y a otras empresas estadounidenses de transformación de atún informes mensuales con determinada información especificada, entre la que figuran las certificaciones exigidas para acceder a la etiqueta *dolphin safe*.[148] Asimismo, las autoridades estadounidenses pueden realizar auditorías y comprobaciones aleatorias a cualquier exportador, transbordador, importador, empresa de transformación y mayorista/distribuidor de atún o productos de atún.[149]

6.15. Las condiciones específicas aplicables a las tres categorías de pesquería previstas en la medida sobre el atún modificada se describen *infra*.

6.16. Recordamos que la medida sobre el atún inicial comprendía tres instrumentos jurídicos: la DPCIA; el reglamento de aplicación inicial; y la decisión judicial en el caso *Hogarth*. La medida sobre el atún modificada no introduce ningún cambio en la DPCIA ni en la decisión judicial en el caso *Hogarth*. Por el contrario, la norma definitiva de 2013, que los Estados Unidos identifican como la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el

[144] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.49. En CFR, Título 50, artículo 216.24(f)(2), y artículos 216.92(b)(2)(ii) y 216.93(f) del reglamento de aplicación, se hace referencia a la necesidad de que los productos de atún importados en los Estados Unidos vayan acompañados por un formulario 370 debidamente cumplimentado. En el formulario 370 se exige información relativa, entre otros aspectos, a las condiciones en materia *dolphin safe* del atún capturado durante la expedición, la zona del océano en la que tuvo lugar la expedición, el arte de pesca utilizada, y el nombre y el pabellón del buque. (Artículo 216.24(f)(4) del Título 50 del CFR; véase la Prueba documental MEX-20.)

[145] A este respecto, en el formulario 370 se enumeran cinco categorías para las que es preciso adjuntar certificaciones específicas, a saber: i) el atún capturado sin utilizar una red de cerco en una pesquería en la que no se haya formulado una determinación de mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes; ii) el atún capturado fuera del PTO utilizando una red de cerco en una pesquería en la que no se haya formulado una determinación de asociación habitual e importante entre los delfines y el atún; iii) el atún capturado fuera del PTO utilizando una red de cerco en una pesquería en la que se haya formulado una determinación de asociación habitual e importante entre los delfines y el atún; iv) el atún capturado en el PTO por un pequeño buque de cerco; o v) el atún capturado en el PTO por un gran buque de cerco.

[146] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.28 y 3.29; artículos 216.92(a)(1) y 216.92(b)(2)(iii) del reglamento de aplicación. El contenido de los TFF se describe en mayor detalle en la sección 6.1.1 *infra*.

[147] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.52 y 7.303 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 53). Esas comprobaciones incluyen inspecciones programadas o no programadas a cargo de un representante del NMFS para vigilar la entrega y verificar que el atún *dolphin safe* y no *dolphin safe* están claramente identificados y se mantienen separados. (Artículo 216.93(d)(1) del reglamento de aplicación.)

[148] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.303; artículos 216.93(d) y 216.93(e) del reglamento de aplicación. Las empresas de transformación de atún deben presentar informes sobre todo el atún recibido en las instalaciones de transformación en los que figure información, entre otras cuestiones, relativa a las especies, el estado, el peso, la zona del océano, el buque que capturó el atún, el tipo de arte de pesca, las fechas de la expedición, el nombre del buque de transporte, las fechas de la descarga, el lugar en que esta se realizó, la condición *dolphin safe* y las certificaciones pertinentes, así como el formulario 370 (para el atún importado). Cuando la empresa de transformación de atún indique que el atún reúne los requisitos necesarios para llevar la etiqueta *dolphin safe*, debe adjuntar las certificaciones requeridas. (*Ibid*.)

[149] Para facilitar la vigilancia, todas esas personas y entidades deben mantener registros del atún durante dos años de, entre otras cosas, las certificaciones, formularios e informes pertinentes presentados a las autoridades estadounidenses. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.303 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 52); y al artículo 216.93(g) del reglamento de aplicación.)

procedimiento inicial[150], modificó determinados aspectos de los artículos 216.91 y 216.93 del Título 50 del CFR.[151] Los demás artículos del reglamento de aplicación impugnados por México -en particular, el artículo 216.92, en el que se establecen prescripciones para acceder a la etiqueta *dolphin safe* que se aplican específicamente a productos de atún derivados de atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco- no han sido modificados por la norma definitiva de 2013.

6.1.1 La pesquería de grandes buques de cerco del PTO

6.17. Para tener derecho a la etiqueta *dolphin safe*, los productos de atún derivados de atún capturado por un gran buque de cerco en el PTO deben ir acompañados por las siguientes certificaciones:

a. una certificación de un funcionario de la CIAT o un funcionario gubernamental autorizados en la que se indique que hubo a bordo del buque durante toda la expedición en la que se capturó el atún un observador aprobado por el PICD[152]; y

b. una certificación del capitán del buque y de un observador aprobado por el PICD en la que se indique que:

   i. en la misma expedición de pesca no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente[153]; y

   ii. en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[154]

6.18. Esas prescripciones en materia de certificación se deben distinguir de las prescripciones previstas en el APICD, donde el atún "*dolphin safe*" se define como el "atún capturado en lances en los que no hay delfines muertos ni gravemente heridos".[155]

6.19. En lo que se refiere a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* para los grandes buques de cerco con pabellón estadounidense que pescan en el PTO está condicionado a que se cumplimenten los TTF en consonancia con el Sistema de seguimiento y verificación del APICD.[156] El observador utiliza los TFF aprobados por el PICD, a cada uno de los cuales se asigna un número único, para registrar cada lance efectuado durante una expedición de pesca. Para cada expedición se utilizan dos TFF, uno para registrar el atún capturado en lances *dolphin safe*, y otro para registrar el atún capturado en lances no *dolphin safe*.[157] Un lance "no es *dolphin safe*" si durante él murió o recibió una herida grave un delfín.[158] Tanto el observador aprobado por el PICD[159] como el ingeniero del buque hacen constar sus

[150] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.3.
[151] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.32. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México, página 2.
[152] Artículo 1385(d)(2)(B)(ii)(III) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(1)(i), en conjunción con el artículo 216.92(b)(2)(iii)(A), del reglamento de aplicación.
[153] Artículo 1385(d)(2)(B)(i), en conjunción con el artículo 1385(h)(2)(C) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(1)(iii) del reglamento de aplicación.
[154] Artículo 1385(d)(2)(B)(i), en conjunción con el artículo 1385(h)(2) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(1)(ii) del reglamento de aplicación.
[155] Sistema de seguimiento y verificación del APICD (Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-36 presentada al Grupo Especial). Por consiguiente, el APICD no contiene ninguna prescripción que obligue a certificar que un gran buque de cerco no ha efectuado lances sobre delfines.
[156] Artículo 216.93(c)(1)(v) del reglamento de aplicación. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 3.28; y el Sistema de seguimiento y verificación del APICD (Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial; y Prueba documental MEX-36 presentada al Grupo Especial).
[157] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.28; artículo 216.93(a) del reglamento de aplicación. La información registrada en el TTF sobre cada lance comprende la fecha, el número del pozo, los pesos por especies capturadas en el lance, una estimación de las toneladas cargadas y notas adicionales, si las hubiere. (*Ibid*.)
[158] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.28 (donde se hace referencia al artículo 216.93(c)(1)(i); y primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, nota 63 al párrafo 35).
[159] Los formularios TTF deben ser certificados por los observadores independientes que deben llevar a bordo los grandes buques de cerco en el PTO. (Informe del Grupo Especial, párrafo 3.28 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 82).)

iniciales en la anotación que se efectúa después de cada lance, y el capitán del buque y el observador revisan y firman ambos TTF al final de la expedición de pesca certificando que la información que figura en los formularios es exacta. El atún capturado en lances designados *dolphin safe* por el observador debe almacenarse por separado del atún capturado en lances no *dolphin safe* desde el momento de la captura hasta la descarga.[160] La carga y la descarga de los pozos es supervisada por observadores independientes, y los distintos lotes de atún reciben los correspondientes números de seguimiento de TTF que pueden ser seguidos a través de todas las etapas de producción de los productos de atún.[161]

6.20. La medida sobre el atún modificada solo condiciona directamente el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a que se mantengan TFF en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado por grandes buques de cerco con pabellón estadounidense en el PTO.[162] Sin embargo, en la práctica, se aplica el mismo régimen de seguimiento y verificación a los grandes buques de cerco que no tienen pabellón estadounidense que pescan en el PTO. En el marco de la medida sobre el atún modificada, los productos de atún que contengan atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco que no tengan pabellón estadounidense se pueden etiquetar como *dolphin safe* únicamente si el buque pertenece a un país que sea parte en el APICD.[163] Además, las partes no cuestionan que el APICD obliga a imponer el mismo sistema de TTF que aplica la medida sobre el atún modificada a los grandes buques de cerco con pabellón estadounidense en el PTO.[164] Asimismo, el formulario 370 obliga a que las importaciones de atún capturado por grandes buques de cerco que no tienen pabellón estadounidense en el PTO, o de productos de atún derivados de ese atún, vayan acompañadas por documentación del país miembro del PICD apropiado en la que se certifique que hubo un observador aprobado por el PICD a bordo del buque en todo momento y se hagan constar los números de los TTF conexos.[165] Por consiguiente, de conformidad con la medida sobre el atún modificada, los productos de atún que contengan atún capturado por grandes buques de cerco con pabellón estadounidense y sin ese pabellón en el PTO tienen acceso a la etiqueta *dolphin safe* únicamente si la tramitación de los TTF y el seguimiento y verificación del atún están en consonancia con el Sistema de seguimiento y verificación del APICD.[166]

6.21. Las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación aplicables a los grandes buques de cerco en el PTO no han cambiado respecto de la medida sobre el atún inicial.[167]

---

[160] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.31 y 3.50; y artículo 216.93(c)(1)(i) del reglamento de aplicación. Concretamente, si el atún fuera capturado en un lance durante el cual se diera muerte o se hiriera gravemente a un delfín, debe ser almacenado en un pozo del buque aislándolo del atún *dolphin safe*. Si se mezcla en el mismo pozo atún *dolphin safe* con atún no *dolphin safe*, todo el atún de ese pozo debe tratarse como no *dolphin safe*. Además, cuando haya que descargar el atún de un gran buque de cerco que pesque en el PTO, el capitán, el armador o el agente del buque deben comunicar con al menos 48 horas de antelación el lugar en el que se prevé atracar, la hora de llegada y el horario de descarga. (Artículo 216.93(c)(1)(ii) del reglamento de aplicación.)

[161] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.50 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 92). En el puerto se toma nota, en los TFF originales correspondientes, de las especies y la cantidad del atún descargado. (Artículo 216.93(c)(1)(iii) del reglamento de aplicación.)

[162] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.47 y 3.48.

[163] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.29; y artículo 216.92(b)(2)(i) del reglamento de aplicación.

[164] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.29 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 85-88).

[165] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.48 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 46). El formulario 370 no establece la obligación de proporcionar los propios TFF, pero exige que un representante autorizado de un país miembro del PICD certifique que: i) hubo a bordo del buque durante toda la expedición un observador aprobado por el PICD; y ii) el atún contenido en el envío fue capturado de conformidad con las normas en materia de etiquetado *dolphin safe* del artículo 216.91 (es decir, que en la expedición de pesca no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente, y que en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín). El formulario 370 debe además incluir el nombre del buque que realizó la captura y el listado de los números de TTF representados en el envío. (Artículo 216.92(b)(2)(iii) del reglamento de aplicación) Los TFF conexos contienen las certificaciones del capitán y el observador. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial, párrafo 292.) La CIAT conserva toda la información relativa a los TFF y los miembros del APICD la tienen a su disposición con fines de auditoría e inspección. (Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia.)

[166] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.47 y 3.48; artículo 216.93(c)(v) del reglamento de aplicación.

[167] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.39 y 3.47.

6.1.2 La pesquería de buques de cerco no situada en el PTO

6.22. Para poder llevar la etiqueta *dolphin safe*, los productos de atún derivados de atún capturado por buques de cerco que no faenan en el PTO[168] deben ir acompañados por una certificación del capitán del buque según la cual:

a. en la misma expedición de pesca no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente; y

b. en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[169]

6.23. Por consiguiente, en principio basta con la certificación expedida por el capitán del buque para que los productos de atún derivados de atún capturado por buques de cerco fuera del PTO tengan acceso a la etiqueta. No obstante, se activará la prescripción de presentar también esas certificaciones, expedidas por un observador que participe en un programa nacional o internacional aceptable para el Administrador Adjunto del NMFS, en caso de que dicho Administrador determine que en una determinada pesquería existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO.[170] Sin embargo, cuando se presentó la solicitud de establecimiento de un grupo especial en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no se había determinado en ninguna pesquería situada fuera del PTO la existencia de una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún similar a la existente en el PTO.[171]

6.24. Por lo tanto, para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*, los productos de atún derivados de atún capturado por buques de cerco fuera del PTO actualmente deben contar con una certificación del capitán de que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín" y de que "no se efectuaron lances sobre delfines". Con arreglo a la medida sobre el atún inicial, la única prescripción para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* aplicable a tales productos de atún era la presentación de una certificación del capitán de que "no se efectuaron lances sobre delfines".[172]

6.25. La medida sobre el atún modificada también impone a esta pesquería prescripciones en materia de separación. El atún capturado en lances designados *dolphin safe* debe almacenarse por separado del atún capturado en lances no *dolphin safe* desde el momento de la captura hasta la descarga.[173] Además, los productos de atún importados deben ir acompañados por un formulario 370, en el que se identifique el tipo de artes utilizado para capturar el atún y se incluyan las certificaciones necesarias.[174]

---

[168] A diferencia de las condiciones de etiquetado aplicables al atún capturado en el PTO, las aplicables al atún capturado fuera del PTO no establecen una distinción entre buques de cerco grandes y pequeños.

[169] Artículo 1385(d)(1)(B)(ii) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(2)(iii)(A) del reglamento de aplicación.

[170] Artículo 1385(d)(1)(B)(i) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(2)(i) del reglamento de aplicación.

[171] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.22. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, párrafo 133. Con arreglo a la medida sobre el atún modificada, la prescripción de presentar la certificación de un observador aplicable a la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO también se activa en caso de que el Administrador Adjunto del NMFS haya determinado que los observadores están cualificados y autorizados para otorgar las certificaciones necesarias, y ya haya a bordo del buque un observador que cumpla esos criterios. (Artículo 216.91(a)(2)(iii)(B) del reglamento de aplicación.)
El Administrador Adjunto del NMFS ha determinado que, en el caso de siete pesquerías estadounidenses, los observadores estadounidenses están cualificados y autorizados para otorgar las certificaciones pertinentes. En consecuencia, por lo que respecta a esas pesquerías, la medida sobre el atún modificada supedita el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a la presentación de las certificaciones del capitán y del observador, pero solo cuando el observador ya esté a bordo del buque por otros motivos. Por lo tanto, el atún capturado en una expedición en la que no haya ya un observador a bordo puede aun así llevar la etiqueta *dolphin safe* únicamente con una certificación del capitán. (Informe del Grupo Especial, párrafo 3.46 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 128).)

[172] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292. Véase también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.25.

[173] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.302 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 50).

[174] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.301 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 49).

6.1.3 "Todas las demás pesquerías"

6.26. Los productos de atún importados derivados de atún capturado en "todas las demás pesquerías", es decir, por buques distintos de los de cerco en cualquier pesquería y por pequeños buques de cerco en el PTO, pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* si van acompañados por una certificación del capitán del buque según la cual en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[175]

6.27. No obstante, se activará la prescripción de presentar también esa certificación, expedida por un observador que participe en un programa nacional o internacional aceptable para el Administrador Adjunto del NMFS, en caso de que dicho Administrador determine que en una determinada pesquería se producen de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines.[176] Cuando se presentó la solicitud de establecimiento de un grupo especial en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no se había determinado que en ninguna pesquería situada fuera del PTO se produjeran de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines.[177]

6.28. Por consiguiente, para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*, los productos de atún derivados de atún capturado por buques distintos de los de cerco en cualquier pesquería y por pequeños buques de cerco en el PTO actualmente deben contar con una certificación del capitán de que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín". Con arreglo a la medida sobre el atún inicial, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* en el caso de esos productos de atún no estaba sometido a ninguna prescripción en materia de certificación.[178]

6.29. Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación aplicables a esta categoría de pesquerías coinciden con las aplicables al atún capturado por buques de cerco fuera del PTO.[179]

6.2 Principales modificaciones en el marco de la medida sobre el atún modificada

6.30. En síntesis, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, todos los productos de atún derivados de atún capturado en una expedición de pesca que conlleve lances sobre delfines siguen excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Dicho acceso queda supeditado a la presentación de una certificación: a) del capitán del buque y de un observador aprobado por el PICD de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" y "no se efectuaron lances sobre delfines", en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO[180]; b) del capitán del buque, de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" y "no se efectuaron lances sobre delfines", en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado por buques de cerco que no faenan en el PTO; y c) del capitán del buque, de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín", en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado en "todas las demás pesquerías". En consecuencia, si el Administrador Adjunto del NMFS no ha formulado ninguna determinación[181], la certificación del

[175] Artículo 1385(d)(1)(D) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(4)(i) del reglamento de aplicación.
[176] Artículo 1385(d)(1)(D) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(4)(iii) del reglamento de aplicación.
[177] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.22. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial. Para esta categoría de pesquerías, también se requiere la certificación de un observador en caso de que el Administrador Adjunto del NMFS haya determinado que los observadores están cualificados y autorizados para otorgar la certificación necesaria de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín", y ya haya a bordo del buque observadores que cumplan esos criterios. (Artículo 216.91(a)(4)(ii) del reglamento de aplicación.) Como se señaló *supra*, el Administrador Adjunto del NMFS ha determinado que, en el caso de siete pesquerías estadounidenses, los observadores estadounidenses están cualificados y autorizados para expedir las certificaciones pertinentes. La certificación se exige solo cuando el observador ya está a bordo del buque por otros motivos. (Véase *supra*, nota 171 al párrafo 6.23.)
[178] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 248 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.532). Véase también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.25.
[179] Artículo 216.93(c)(3) del reglamento de aplicación. Véase *supra*, párrafo 6.25.
[180] Además, un funcionario gubernamental o de la CIAT autorizado debe expedir una certificación según la cual durante toda la expedición en la que se capturó el atún hubo a bordo del buque un observador aprobado por el PICD.
[181] El Administrador Adjunto del NMFS puede determinar, en relación con una pesquería específica dentro de la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, que existe una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines, similar a la asociación que existe entre el atún y los delfines en el PTO,

observador constituye una condición para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe* únicamente por lo que respecta a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Además, la medida sobre el atún modificada hace extensiva la misma condición básica de separar el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe* a las distintas pesquerías que actúan en todas las zonas oceánicas. Sin embargo, solo hay prescripciones específicas en materia de documentación en forma de TTF con respecto a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

6.31. Como queda reflejado en el panorama general expuesto *supra*, la norma definitiva de 2013 introdujo varias modificaciones en las condiciones de acceso a la etiqueta *dolphin safe*, en comparación con la medida sobre el atún inicial. Todos los cambios se aplican únicamente con respecto al atún capturado en pesquerías situadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. En el caso de esas pesquerías, la norma definitiva de 2013 introdujo tres condiciones adicionales, que se exponen a continuación.

6.32. En primer lugar, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada añade como condición de acceso a la etiqueta *dolphin safe*, respecto de cualquier producto de atún, la prescripción de que el capitán del buque expida una certificación según la cual "en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín". En el marco de la medida sobre el atún inicial no se exigía ninguna certificación de esa índole. Antes bien, con arreglo a la medida sobre el atún inicial, tal certificación solo se exigía para los productos de atún derivados de atún capturado por grandes buques de cerco que pescaran en el PTO.[182]

6.33. En segundo lugar, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada establece como condición de acceso a la etiqueta *dolphin safe* determinadas prescripciones en materia de separación con arreglo a las cuales el atún capturado en lances u otros empleos de artes designados como *dolphin safe* debe almacenarse por separado del atún capturado en lances u otros empleos de artes no *dolphin safe*. Este atún debe descargarse y almacenarse de manera que se mantenga la separación cuando el atún sale del buque de pesca, así como durante las operaciones de las fábricas de conservas de atún y otras empresas de transformación estadounidenses. En cambio, con arreglo a la medida sobre el atún inicial, la separación era una condición para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe* solo en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado por grandes buques de cerco que pescasen en el PTO.[183]

6.34. En tercer lugar, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada prevé la posibilidad de que el acceso a la etiqueta *dolphin safe* por una pesquería determinada esté supeditado además a la certificación de un observador de que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín" y, cuando proceda, de que "no se efectuaron lances sobre delfines"[184], en caso de que el Administrador Adjunto del NMFS haya determinado que ese observador está cualificado y autorizado para expedir las certificaciones pertinentes, y el observador ya esté a bordo del buque.[185] Con arreglo a la medida sobre el atún inicial, no existía la

---

o, respecto de una pesquería específica que forme parte de "todas las demás pesquerías", que se producen de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines.

[182] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 176 y 292; e informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.20 y 2.25 c). Con arreglo a la medida sobre el atún inicial, también se habría exigido la certificación de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" como condición de acceso a la etiqueta *dolphin safe* en relación con las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en caso de que el Secretario de Comercio de los Estados Unidos hubiera formulado, respecto de una pesquería específica dentro de la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, una determinación de que existía una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines o, respecto de una pesquería en la que no faenan buques de cerco, que había mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes. En el momento del procedimiento inicial, no se habían formulado determinaciones de esa índole. (Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - *Atún II (México)*, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.534).)

[183] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.31.

[184] Por lo que respecta a la categoría "todas las demás pesquerías", el acceso a la etiqueta *dolphin safe* está supeditado únicamente a la certificación de que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín". (Artículo 216.91(a)(4)(i) del reglamento de aplicación.)

[185] En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, los Estados Unidos y México se mostraron de acuerdo con esta descripción de las tres condiciones adicionales y en que mediante la norma definitiva de 2013

posibilidad de activar una prescripción adicional relativa a la certificación por un observador como condición para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*.

7 ANÁLISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

7.1 Alegación de México relativa a la medida sobre el atún modificada en su totalidad

7.1. Abordamos en primer lugar la alegación de México de que el Grupo Especial incurrió en error porque llegó a constataciones de incompatibilidad "de manera restrictiva en lugar de concluir que la medida sobre el atún modificada, en su totalidad, es incompatible con los acuerdos abarcados".[186] Concretamente, México considera que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que solo dos de los tres elementos de la medida sobre el atún modificada -las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación", pero no los "criterios de admisibilidad"- son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 de Acuerdo OTC, así como con el párrafo 1 de artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. México afirma que impugnó la medida sobre el atún modificada "en su totalidad"[187], y que diferenció entre los tres elementos distintos de la medida únicamente al formular sus argumentos en relación con la distinción reglamentaria legítima que es en lo que se centra la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 de Acuerdo OTC, y en relación con el análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Según México, "es la medida sobre el atún modificada la que infringe las disposiciones de la OMC, ... no los distintos elementos de la medida considerados aisladamente".[188] México nos solicita que modifiquemos las constataciones y conclusiones del Grupo y que constatemos que la medida sobre el atún modificada en su totalidad es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 de Acuerdo OTC, así como con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[189]

7.2. Los Estados Unidos sostienen que la alegación de México debe rechazarse. En primer lugar, los Estados Unidos aducen que México no identifica un fundamento jurídico para su afirmación de que el Grupo Especial no examinó adecuadamente las alegaciones de discriminación formuladas por México.[190] En segundo lugar, los Estados Unidos consideran que la premisa fáctica de la alegación de México es errónea porque México sí se refirió a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en otra parte de sus comunicaciones, a saber, en sus argumentos relativos al efecto perjudicial en el contexto de la primera parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[191] En tercer lugar, los Estados Unidos sostienen que, independientemente de que el efecto perjudicial causado por los tres elementos se evalúe conjuntamente o por separado, el análisis del Grupo Especial habría sido el mismo.[192]

7.3. Para abordar esta alegación formulada por México, recordamos en primer lugar las constataciones pertinentes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como las constataciones pertinentes del Grupo Especial en el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. En el procedimiento inicial el Grupo Especial consideró que los distintos instrumentos jurídicos impugnados por México -consistentes en la DPCIA, el reglamento de aplicación inicial y la decisión judicial en el caso Hogarth- establecen, conjuntamente, los términos del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos, y, por lo tanto, constituían una única medida a los efectos de su análisis de las alegaciones de México.[193] El Órgano de Apelación

---

no se había introducido ningún otro elemento adicional de importancia en el la medida sobre el atún modificada.

[186] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 66.

[187] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 65 y 66.

[188] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 66.

[189] Anuncio de otra apelación de México, párrafo 5; y comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 71 y 78.

[190] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 48.

[191] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 50.

[192] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 51.

[193] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.24; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 193: "[L]a medida de los Estados Unidos establece un conjunto único y jurídicamente obligatorio de requisitos para formular cualquier declaración con respecto al amplio tema de la 'inocuidad para los delfines' de los productos de atún en los Estados Unidos."

formuló una afirmación similar en su informe, señalando además que las prescripciones previstas en dichos instrumentos jurídicos distintos, conjuntamente, "supeditan el acceso a una etiqueta '*dolphin safe*' a determinadas pruebas documentales que varían en función de la zona en que se capture el atún que contenga el producto de atún y el tipo de embarcación y método de pesca utilizados para capturarlo".[194] Aunque tanto el Grupo Especial inicial como el Órgano de Apelación abordaron diferentes aspectos de las condiciones para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, incluidas determinadas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación[195], cada uno definió también una única medida consistente en "las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*" y llegó a constataciones definitivas con respecto a dicha medida única.[196]

7.4. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 abordó el alcance y contenido de la medida sobre el atún modificada en dos partes distintas de su razonamiento. Al principio de su informe, al examinar la cuestión de su competencia en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el Grupo Especial consideró "evidente" que las conclusiones y recomendaciones del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial estaban destinadas a aplicarse a la medida sobre el atún inicial "*en su totalidad*, incluidos todos sus componentes".[197] El Grupo Especial abordó también el argumento de los Estados Unidos de que las distinciones efectuadas por los elementos impugnados de la medida sobre el atún modificada no habían variado respecto de la medida inicial y, por lo tanto, no estaban sujetos a este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. En ese análisis, el Grupo Especial destacó que, al constatar que la medida sobre el atún inicial carecía de imparcialidad, el Órgano de Apelación "no dijo que ningún elemento concreto del sistema reglamentario ... fuera exclusivamente responsable de esa falta de imparcialidad".[198] Antes bien, "lo que se constató que era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC fue la medida sobre el atún en su totalidad, con sus prescripciones reglamentarias variables".[199] En particular, el Grupo Especial consideró que la mención por el Órgano de Apelación en plural a "la diferencia en las condiciones para etiquetar productos" y a "distintas prescripciones" indicaba que las constataciones del Órgano de Apelación abarcaban diversas distinciones previstas en la medida sobre el atún inicial, incluidas las relativas a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.[200] Sobre la base de este análisis, el Grupo Especial concluyó que tenía ante sí la cuestión jurídica de si la medida sobre el atún modificada, incluida la norma definitiva de 2013, pone a los Estados Unidos en conformidad con las normas de la OMC, y que tenía competencia para examinar todas las alegaciones de México, incluso en lo que se refieren a los criterios de admisibilidad y a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.[201]

7.5. Posteriormente, al examinar la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 de Acuerdo OTC, el Grupo Especial aseveró que su tarea consistía en "determinar si la medida sobre el atún modificada en su totalidad concede un 'trato menos favorable' al atún y los productos de atún mexicanos que al atún y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros Miembros de la OMC".[202] Observando que la explicación de México de que ese análisis se centra en "la distinción reglamentaria a que se debe el trato perjudicial de los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses y los productos de atún originarios de

[194] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

[195] Véanse el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.1-2.33; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 172-177.

[196] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.26; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 2 y 172, y nota 357 a dicho párrafo. Véanse también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 8.1; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 407.

[197] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.11 y 7.12. (las cursivas figuran en el original)

[198] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.33

[199] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.33. Véase también el párrafo 7.117. El Grupo Especial también examinó y rechazó la afirmación de los Estados Unidos de que el procedimiento sobre el cumplimiento debía limitarse a la evaluación de la norma definitiva de 2013. El Grupo Especial concluyó que su tarea era "determinar si la medida sobre el atún modificada, incluida la norma definitiva de 2013, pone a los Estados Unidos en conformidad" con los acuerdos abarcados de la OMC. (*Ibid*., párrafo 7.24.)

[200] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.35-7.37 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 284 y 298).

[201] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.43.

[202] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.97.

otros países"[203], el Grupo Especial consideró que México había identificado tres "distinciones reglamentarias centrales" cuyo diseño y aplicación dan lugar a un trato menos favorable, a saber:

a. los "criterios de admisibilidad", definidos como "[la] exclusión de los lances sobre delfines conformes con el APICD como método de pesca que pueda utilizarse para capturar atún en el PTO de manera inocua para los delfines y la admisión de otros métodos de pesca para capturar atún de manera inocua para los delfines";

b. las "prescripciones en materia de certificación", definidas como "[l]as prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes en el caso del atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines conformes con el APICD y la inexistencia de esas prescripciones en el caso del atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y otros métodos distintos"; y

c. las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación", definidas como "[l]as prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación en el caso del atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines conformes con el APICD y las prescripciones diferentes en el caso del atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y métodos de pesca distintos".[204]

7.6. México se refirió a estas distinciones colectivamente como "la diferencia en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado", y sostuvo que esta diferencia significa que "todos los productos de atún estadounidenses similares y la mayor parte de los productos de atún de otros países tienen acceso a la etiqueta *dolphin safe*", mientras que "la medida sobre el atún modificada niega el acceso a esa etiqueta a la mayor parte de los productos de atún mexicanos".[205] El Grupo Especial recordó también la opinión de los Estados Unidos de que cualquier efecto perjudicial es consecuencia únicamente de los criterios de admisibilidad, y que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación no son pertinentes porque "no causan el efecto perjudicial que fue la base de las recomendaciones y resoluciones del OSD".[206]

7.7. El Grupo Especial examinó la argumentación de México sobre el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "desarrollada" en el curso de sus comunicaciones escritas.[207] Aunque tomó nota de la afirmación de México de que son las diferencias en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida las que "conjuntamente"[208] deniegan oportunidades de competencia a los productos mexicanos, el Grupo Especial consideró que "la argumentación de México a lo largo de todo este procedimiento deja claro que distintos elementos de la medida sobre el atún modificada afectan negativamente al atún mexicano de distintas maneras".[209] El Grupo Especial a continuación resumió su interpretación de los argumentos de las partes y la estructura del análisis que seguiría de este modo:

---

[203] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.98 (donde se cita la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 235).

[204] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.98 (donde se cita la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 236).

[205] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.99 (donde se cita la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 112).

[206] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.101 (donde se cita la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 76).

[207] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102. Según el Grupo Especial, aunque México se centró en una forma de efecto perjudicial en su primera comunicación escrita, en su segunda comunicación escrita, México "desarrolló y aclaró" sus argumentos sobre el efecto perjudicial y, al hacerlo, "identific[ó] claramente un tipo distinto de efecto perjudicial que ... causan las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes". (*Ibid*., párrafos 7.104 y 7.105, respectivamente (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 117).) A juicio del Grupo Especial, los argumentos de México reflejan "una alegación clara y reconocible de un efecto perjudicial *distinto del* efecto perjudicial identificado por México como resultado de los criterios de admisibilidad". (*Ibid*., párrafo 7.105. (las cursivas figuran en el original))

[208] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.105 y 7.107 (donde se citan la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 223; y la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 113, respectivamente).

[209] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105.

> [A]mbas partes han estructurado sus argumentos a lo largo de este procedimiento sobre la base de las tres distinciones reglamentarias identificadas por México. Esto quiere decir que, aunque México ha aducido que el trato menos favorable pertinente solo surge o, por lo menos, surge con la mayor claridad, cuando se consideran conjuntamente las tres distinciones, no obstante, ha presentado sus argumentos distinción por distinción. Los Estados Unidos han hecho otro tanto y han presentado sus argumentos sobre las tres distinciones reglamentarias por separado. Hemos decidido seguir el enfoque aplicado por las partes al presentar nuestro propio análisis. Aunque indicaremos las conexiones entre esas distinciones cuando sea pertinente, realizamos nuestro análisis en tres partes, examinando, en primer lugar, los criterios de admisibilidad; en segundo lugar, las prescripciones en materia de certificación diferentes; y en tercer lugar, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes.[210]

7.8. En el resto de su informe, el Grupo Especial procedió a realizar análisis separados de cada uno de los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación diferentes" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes", y a formular constataciones separadas respecto de cada uno de ellos.

7.9. Formularemos varias observaciones sobre la naturaleza de la alegación de error formulada por México en apelación y cómo se relaciona con el enfoque analítico adoptado por el Grupo Especial.

7.10. En primer lugar, observamos la afirmación de México de que identificó y abordó los tres elementos diferentes de la medida como pertinentes a la segunda parte del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 de Acuerdo OTC (a saber, si cualquier efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima), y no a la primera parte del análisis (a saber, si la medida en litigio modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados). Según México, el Grupo Especial confundió los argumentos de México relativos a estas dos partes diferentes del análisis y caracterizó erróneamente la identificación por México de las distinciones reglamentarias que eran pertinentes a la segunda parte del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 como argumentos relativos al efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada.[211] Aunque México alega, en términos generales, que el Grupo Especial incurrió en error al formular constataciones separadas de compatibilidad e incompatibilidad respecto de los tres elementos de la medida, en lugar de hacerlo respecto de la medida en su totalidad, entendemos que México se centra principalmente en la decisión del Grupo Especial de analizar tres formas distintas de efecto perjudicial y de segmentar su análisis de ellas.[212]

7.11. Observamos además que la decisión del Grupo Especial de segmentar su análisis y abordar por separado los tres elementos de la medida sobre el atún modificada tuvo repercusiones que fueron más allá de su análisis del efecto perjudicial. En realidad, el Grupo Especial segmentó también su examen de los tres elementos de la medida sobre el atún modificada a los efectos de la segunda parte de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, a saber, la evaluación de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Además, el Grupo Especial segmentó de manera similar su análisis relativo a las alegaciones de México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, así como a la defensa afirmativa de los Estados Unidos al amparo del artículo XX. En consecuencia, el Grupo Especial dividió cada etapa de su análisis en el marco de las obligaciones sustantivas del Acuerdo OTC y del GATT de 1994 en tres partes relativas a los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación diferentes" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes".[213]

7.12. Además, el Grupo Especial formuló también *constataciones separadas* en relación con la conformidad de *cada elemento* con la obligación jurídica aplicable. Así pues, el Grupo Especial

[210] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.108.

[211] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 68 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.105).

[212] México confirmó en la audiencia que su alegación relativa a la "medida en su totalidad" se centra en el análisis por el Grupo Especial del efecto perjudicial y tiene una estrecha vinculación con dicho análisis.

[213] Véase el informe del Grupo Especial, secciones 7.5.2 (párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC), 7.6.1.2 (párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994), 7.6.2.2 (párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994) y 7.7.3.3 (parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994).

constató que los "criterios de admisibilidad" que figuran en la medida sobre el atún modificada *no* dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y de otros países, y, por lo tanto, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[214] En cambio, el Grupo Especial constató por separado que cada conjunto de "prescripciones en materia de certificación" y "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" da al atún y a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y de otros países, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[215] De manera análoga, el Grupo Especial formuló tres constataciones separadas de que cada uno de los elementos de la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[216] Por último, el Grupo Especial formuló constataciones separadas con respecto a cada uno de los tres elementos de la medida sobre el atún modificada en el marco del apartado g) y de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Si bien constató que cada uno de los elementos de la medida sobre el atún modificada estaba justificado provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX, el Grupo Especial constató que los "criterios de admisibilidad" cumplen los requisitos de la parte introductoria, mientras que las "prescripciones en materia de certificación diferentes" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes" no lo hacen.[217] En consecuencia, el Grupo Especial constató que los "criterios de admisibilidad" estaban justificados al amparo del artículo XX, pero que las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" no lo estaban. En ninguna parte de su informe el Grupo Especial llegó a una constatación de compatibilidad o incompatibilidad de la medida sobre el atún modificada en términos más amplios, o en su totalidad, con una obligación sustantiva prevista en los acuerdos abarcados de la OMC.[218]

7.13. Observamos que analizar una medida de manera segmentada puede plantear preocupaciones cuando las partes constitutivas de la medida están interrelacionadas y funcionan de forma integrada. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación criticó el enfoque del Grupo Especial consistente en examinar la medida en litigio en dos etapas distintas, centrándose primero en las prohibiciones de la medida antes de examinar las excepciones previstas en ella. Debido a que el alcance de las prohibiciones de esa medida "solo puede[ ] entenderse a la vista de las excepciones", y a que "las excepciones establecidas en la medida no tendrían significado jurídico autónomo si no hubiera prohibiciones", el Órgano de Apelación concluyó que la medida debía haberse examinado "como un todo integrado".[219] En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación señaló que la cuestión de cuál es la mejor manera de caracterizar una medida en litigio que consiste en varios elementos distintos es una cuestión de "particular significación" cuando la inclusión o exclusión de determinados elementos en la definición de la medida "puede afectar a su caracterización jurídica o su análisis sustantivo".[220] Observando que el Grupo Especial había constatado que los instrumentos jurídicos pertinentes en esa diferencia operaban conjuntamente, que los elementos permisivos y prohibitivos de la medida estaban entrelazados, y que las partes habían coincidido en que la medida en litigio debía ser tratada como una única medida, el Órgano de Apelación "consider[ó] apropiado extraer conclusiones relativas a la caracterización jurídica del régimen de la UE para las focas en su conjunto sobre la base de un análisis integrado de las partes constitutivas de la medida".[221] El Órgano de Apelación decidió más adelante que era solamente el funcionamiento combinado de los diversos aspectos de la medida

[214] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.a.
[215] Informe del Grupo Especial, párrafos 8.2.b y 8.2.c.
[216] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.3.
[217] Informe del Grupo Especial, párrafos 8.4 y 8.5.
[218] Observamos, sin embargo, que el Grupo Especial recomienda, no obstante, que el OSD solicite a los Estados Unidos que "pongan su medida, [declarada] incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y que no está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo OTC y el GATT de 1994". (Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.)
[219] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 64. El Órgano de Apelación formuló también observaciones similares acerca de la medida en litigio en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, afirmando que el Grupo Especial "podría haber optado por un enfoque más integral de la medida en litigio al examinar los dos elementos de[ ] [la medida] que se refieren *en conjunto* a los neumáticos recauchutados". El Órgano de Apelación observó, sin embargo, que el enfoque analítico del Grupo Especial no era objeto de apelación, y, por lo tanto, examinó las cuestiones apeladas sobre la base de ese enfoque. (Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 122-127. (las cursivas figuran en el original))
[220] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.20.
[221] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.20.

en litigio lo que daba lugar a las constataciones de existencia de discriminación en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[222]

7.14. Como cuestión general, no consideramos que sea necesariamente inadecuado que un Grupo Especial, al analizar la conformidad de una medida con obligaciones previstas en los acuerdos abarcados de la OMC, proceda a evaluar los distintos elementos de la medida de manera secuencial. En realidad, ese enfoque puede, en función de la naturaleza de la medida en litigio, ser útil, o en algunos casos crucial, para entender el modo en que la medida se ha diseñado y el modo en que se aplica. En algunos casos, puede incluso ser inobjetable que un grupo especial llegue a constataciones separadas de incompatibilidad con respecto a elementos distintos de una medida, por ejemplo, en los casos en que los elementos de la medida son separables, en la medida en que no dependen unos de otros por lo que respecta al fondo o al funcionamiento.

7.15. Sin embargo, es posible que no sea tan fácil analizar de esa manera otros tipos de medidas, y el enfoque adoptado para examinar esas medidas no debe dar lugar al análisis aislado de un elemento o elementos específicos de una medida de una manera que menoscabe el análisis jurídico o conduzca a una conclusión de derecho que habría variado si ese elemento se hubiera evaluado en relación con otros elementos pertinentes de la medida. En los casos en que los elementos de una medida están interrelacionados, y determinados elementos no pueden entenderse debidamente sin referencia a otros elementos de la medida, ese enfoque segmentado puede crear distinciones artificiales que constituyan un error de derecho. También consideramos que, en función de la naturaleza de la obligación jurídica de que se trate, un enfoque segmentado puede plantear preocupaciones cuando un grupo especial no realiza una evaluación global que resuma su razonamiento o sus conclusiones intermedias con respecto a los elementos relacionados de una medida en litigio de manera que se llegue a una constatación adecuada de compatibilidad o incompatibilidad respecto de esa medida.

7.16. A nuestro juicio, hay diversas "conexiones" entre los distintos elementos de la medida sobre el atún modificada que son pertinentes a las distinciones reglamentarias examinadas por el Grupo Especial. Observamos, por ejemplo, que el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que los objetivos del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos son, primero, "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines", y, segundo, "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines".[223] Estos son también los objetivos de la medida sobre el atún modificada.[224] Así pues, al igual que la medida inicial, la medida sobre el atún modificada establece un régimen de etiquetado consistente en diversos elementos que están destinados a cumplir los mismos objetivos.

7.17. Además de compartir un objetivo común, los elementos de la medida sobre el atún modificada están también sumamente interrelacionados. Por ejemplo, las dos condiciones sustantivas para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* -a saber, las condiciones de "no efectuar lances sobre delfines" y de que "no haya delfines muertos ni gravemente heridos"- están definidas por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación -que están relacionadas entre sí- y se verifican mediante dichas prescripciones. Con respecto a todas las pesquerías abarcadas, el cumplimiento de estas condiciones se demuestra mediante la presentación de determinadas certificaciones.[225] La medida establece asimismo un programa para el seguimiento del atún que está basado en condiciones sustantivas y que depende, entre otras cosas, de las certificaciones que deben acompañar a los productos de atún derivados de atún que cumpla esas condiciones durante todo el proceso de captura y posterior transformación de ese

[222] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.188 y 5.189.

[223] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 325 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.401, 7.413 y 7.425).

[224] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.523.

[225] Véase el artículo 1385(d)(1)-(2) de la DPCIA; y los artículos 216.91 y 216.92 del reglamento de aplicación. En el artículo 216.91(a)(1) del reglamento de aplicación, por ejemplo, se identifican tres condiciones que deben cumplirse para la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en productos de atún que contengan atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la primera de las cuales es que "se cumplan las prescripciones documentales para el atún *dolphin safe* previstas en §216.92 y 216.93".

atún.[226] A nuestro juicio, estas distintas disposiciones subrayan la naturaleza interrelacionada de los diferentes elementos de la medida sobre el atún modificada examinada por el Grupo Especial. Como observaron el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación, la existencia de condiciones sustantivas de "no efectuar lances sobre delfines" y de que "no haya delfines muertos ni gravemente heridos" carecería de sentido si no existen prescripciones que exijan el cumplimiento de esas normas.[227] En estas circunstancias, no creemos que las condiciones sustantivas para obtener acceso a la etiqueta *dolphin safe* puedan entenderse debidamente sin referencia a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación que definen dichas condiciones y demuestran su cumplimiento.

7.18. En varios puntos de su análisis, el Grupo Especial reconoció las interrelaciones entre los diversos elementos de la medida sobre el atún modificada. Como hemos señalado, al examinar la cuestión de su competencia en el marco del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial confirmó que examinaría la medida sobre el atún modificada en su totalidad, incluidas sus prescripciones reglamentarias variables.[228] Además, tras observar que las constataciones del Órgano de Apelación abarcaban diversas distinciones previstas en la medida sobre el atún inicial, incluidas las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial afirmó que el régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos "incluye necesariamente" no solo las prescripciones en materia de certificación, sino también las diversas prescripciones documentales que constituyen "los mecanismos por los que se vigila y se demuestra el cumplimiento de ese criterio".[229] El Grupo Especial posteriormente destacó no solo que la medida sobre el atún modificada, y en particular la norma definitiva de 2013, "está directamente relacionada con las declaraciones o certificaciones sustantivas que deben hacerse antes de que una captura de atún pueda etiquetarse como *dolphin safe*", sino que, además, los mecanismos de seguimiento y verificación "son aspectos centrales de la medida sobre el atún, que actúan conjuntamente con las prescripciones sustantivas en materia de certificación".[230] Sobre esa base, el Grupo Especial no estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación sean "separables" de las reglas relativas a la certificación contenidas en la norma definitiva de 2013.[231]

7.19. A la luz de esta interpretación por el Grupo Especial de la manera en que se interrelacionan los diversos elementos de la medida sobre el atún modificada, no nos queda claro por qué el Grupo Especial consideró apropiado llevar a cabo su análisis posterior de una manera segmentada que abordó elementos específicos de la medida aislándolos de otros elementos conexos. Por ejemplo, en su examen de los "criterios de admisibilidad", el Grupo Especial adoptó un enfoque particularmente limitado al examinar únicamente la condición sustantiva de que los productos de atún no se derivaran de atún capturado en una expedición en que se hubieran efectuado lances sobre delfines. Sin embargo, como hemos señalado, los productos de atún que cumplen esta condición pueden acceder a la etiqueta *dolphin safe* solamente si cumplen también *otra* condición sustantiva, a saber, la de que no se haya dado muerte ni se haya herido gravemente a delfines en los lances en que se capturó el atún. Al centrarse únicamente en los criterios relativos a la condición de "no efectuar lances sobre delfines", el análisis del Grupo Especial excluyó el examen de si los productos en cuestión cumplen también la condición de que "no haya delfines muertos ni gravemente heridos". De manera análoga, en su análisis de las "prescripciones en materia de

[226] Como puede observarse en nuestra descripción de la medida en litigio que figura *supra*, muchas de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación guardan relación con el cumplimiento de la condición de que "no haya delfines muertos ni gravemente heridos", aunque algunas de esas prescripciones, incluidas las relativas a la verificación, la auditoría y las comprobaciones aleatorias de registros, así como mediante la presentación del formulario 370 por buques no estadounidenses, también se refieren a la demostración o verificación de que se ha cumplido la condición de "no efectuar lances sobre delfines" respecto de las pesquerías en que se utilizan redes de cerco. Véase también el artículo 1385(f) de la DPCIA, que exige la adopción de un reglamento para la aplicación de las prescripciones legales, "incluidas normas reglamentarias para establecer un programa de seguimiento y verificación que disponga el seguimiento efectivo del atún etiquetado de conformidad con [el artículo 1385(d)]".

[227] En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación confirmó el razonamiento del Grupo Especial inicial de que la imposición de una prescripción sustantiva de que no se dé muerte ni se hiera gravemente a ningún delfín fuera del PTO no sería pertinente desde el punto de vista práctico "si se supone que no puede verificarse". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 294 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.541).)

[228] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.33.

[229] Informe del Grupo Especial, nota 125 al párrafo 7.37.

[230] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.40.

[231] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.40 y 7.41.

certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación", el Grupo Especial consideró que esas prescripciones "solo son pertinentes en el caso del atún que reúne las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe* y se tiene intención de que la reciba", es decir, solo en el caso de "atún [no] capturado mediante lances sobre delfines".[232] Al actuar de ese modo, el Grupo Especial no evaluó la manera en que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, que el propio Grupo Especial consideró parte integrante de la medida global, estaban interrelacionadas unas con otras y con las condiciones sustantivas para el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. El enfoque del Grupo Especial es aún más sorpresivo dada su anterior conclusión de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no son "separables" de las prescripciones en materia de certificación previstas en la norma definitiva de 2013. Aunque el Grupo Especial afirmó que "indicar[ía] las conexiones entre esas distinciones cuando [fuera] pertinente"[233], no creemos que el Grupo Especial, en su análisis de si la medida sobre el atún modificada puso a los Estados Unidos en conformidad con las disposiciones del Acuerdo OTC y del GATT de 1994, explicara las "conexiones" existentes entre los diferentes elementos de la medida que dan lugar a las distinciones examinadas por el Grupo Especial.

7.20. Recordamos además que la medida sobre el atún inicial, al igual que la medida sobre el atún modificada, contenía disposiciones relativas a métodos de pesca idóneos, certificación, y seguimiento y verificación. Si bien la medida sobre el atún modificada ha introducido determinados cambios, como se ha explicado en nuestra descripción de la medida en litigio, estos no han alterado la arquitectura general del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos menoscabando de algún modo la existencia de interrelaciones entre sus elementos constitutivos. Si acaso, los cambios reflejados en la medida sobre el atún modificada sirven para reforzar la naturaleza de esas interrelaciones. El Grupo Especial, sin embargo, no adoptó un enfoque analítico respecto de la medida que fuera similar al utilizado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. En estas circunstancias, y dadas las declaraciones del Grupo Especial relativas a la necesidad de examinar la medida sobre el atún modificada en su totalidad y de manera integrada, habríamos esperado que el Grupo Especial, durante su análisis segmentado, o en la conclusión de dicho análisis, examinara de algún modo cómo se relacionaban unas con otras las diversas constataciones, y sobre qué base procedió el Grupo Especial para formular constataciones separadas de compatibilidad e incompatibilidad a pesar de las interrelaciones existentes entre los diversos elementos de la medida.

7.21. En resumen, aunque el Grupo Especial, al examinar la cuestión de su competencia en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, había hecho hincapié en las interconexiones existentes entre los elementos de la medida sobre el atún modificada, posteriormente llevó a cabo un análisis segmentado que aisló el examen de cada elemento de la medida sin tener en cuenta la manera en que están interrelacionados los elementos, y sin agregar ni resumir sus análisis o constataciones relativos a esos elementos antes de llegar a sus conclusiones definitivas respecto de la compatibilidad o incompatibilidad de la medida sobre el atún modificada. Reconocemos que una valoración adecuada del grado en que son pertinentes las interrelaciones, y del grado en que el análisis segmentado influyó en el resultado del análisis jurídico, será una función de la obligación jurídica específica objeto de examen, en este caso, las obligaciones previstas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994. Sin embargo, creemos que no se justifica analizar en abstracto, en esta etapa de nuestro informe, las consecuencias del enfoque segmentado del Grupo Especial. Evaluaremos más bien si el enfoque del Grupo Especial constituyó un error de derecho, o dio lugar a que se incurriera en un error de derecho, cuando examinemos las alegaciones específicas de apelación que los participantes han formulado con respecto al análisis y las constataciones del Grupo Especial.

7.2 Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.22. Los Estados Unidos y México formulan sendas apelaciones con respecto a determinados aspectos del razonamiento y las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. México nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC[234], mientras que los Estados Unidos

[232] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.143.
[233] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.108.
[234] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.a.

solicitan la revocación de las constataciones del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[235]

7.23. Nuestro análisis se divide en tres partes. En primer lugar, comenzamos recordando la jurisprudencia pertinente sobre el criterio jurídico que ha de aplicarse en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En segundo lugar, examinamos las cuestiones planteadas en apelación por los Estados Unidos con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 2 a la medida en litigio, y en particular su análisis de la cuestión de si la medida sobre el atún modificada, y las distintas series de prescripciones establecidas en ella, modifican desfavorablemente las condiciones de competencia para los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense. En tercer lugar, analizamos las alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos y México, respectivamente, en relación con el análisis que el Grupo Especial hizo de si el efecto perjudicial que constató que tenía la medida en litigio en los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En esta tercera parte de nuestro análisis comenzamos evaluando la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del criterio jurídico en el marco de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, antes de pasar a examinar las distintas cuestiones planteadas por los participantes en relación con la aplicación por el Grupo Especial de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 a la medida sobre el atún modificada y a las distintas series de prescripciones establecidas en ella.

7.2.1 "Trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.24. El artículo 2 del Acuerdo OTC trata de la "Preparación, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central" y su párrafo 1 dispone que "[p]or lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central":

> Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares de cualquier otro país.

7.25. El párrafo 1 del artículo 2 contiene una obligación de trato nacional y una obligación de trato de nación más favorecida. Para establecer que se ha infringido una de esas obligaciones, el reclamante debe demostrar la existencia de tres elementos: i) que la medida en litigio es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC; ii) que los productos pertinentes son "productos similares"; y iii) que la medida en litigio otorga un trato menos favorable a los productos importados que al grupo pertinente de productos similares.[236] Puesto que la apelación de los Estados Unidos respecto de la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 por el Grupo Especial se refiere únicamente al tercero de estos elementos, limitaremos nuestro resumen *infra* a recordar aspectos fundamentales de la prescripción de "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2, tal como la ha explicado el Órgano de Apelación en informes anteriores.

7.26. En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación identificó un análisis en dos etapas que debía seguirse al examinar si el reglamento técnico en litigio da un trato menos favorable a los productos importados en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[237] El Órgano de Apelación indicó que la primera parte del análisis se centra en la cuestión de si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en detrimento de esos productos importados frente a los productos similares de origen nacional y/o a los productos

[235] Informe del Grupo Especial, párrafos 8.2.b y c.

[236] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 87; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 202.

[237] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 182 y 215. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

similares originarios de cualquier otro país.[238] Sin embargo, una constatación de que la medida en litigio modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados no es suficiente para demostrar un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2.[239] Antes bien, es necesaria una segunda parte del análisis, a saber, una evaluación de si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados.[240] Cuando el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, ese reglamento técnico no está dando un trato menos favorable a los productos importados en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.27. Por lo que respecta a la primera etapa del análisis, el alcance de la comparación que debe realizarse al evaluar si se da un trato menos favorable a las importaciones depende de los productos que un grupo especial haya constatado que son "similares" a los efectos del párrafo 1 del artículo 2.[241] Una vez adecuadamente identificados los productos similares, el párrafo 1 del artículo 2 exige al grupo especial que compare el trato dado por la medida en litigio al "grupo" de productos similares importados del Miembro reclamante, por una parte, con el otorgado al "grupo" de productos nacionales similares y/o al "grupo" de productos similares originarios de cualquier otro país, por la otra.[242] Al hacer esta comparación, cualquier efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares que haya sido causado por una medida concreta puede ser pertinente para una constatación de efecto perjudicial.[243]

7.28. La existencia de una diferencia de trato entre productos originarios de distintos países no es ni necesaria ni suficiente para demostrar la existencia de un efecto perjudicial.[244] Por la misma razón, la aplicación de disposiciones jurídicas formalmente idénticas a los productos importados y a los productos similares de orígenes diferentes puede no obstante entrañar un efecto perjudicial en las condiciones de competencia de los productos importados.[245] Al examinar si un reglamento técnico tiene un efecto perjudicial *de facto*, un grupo especial "debe tener en cuenta 'la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí'"[246] y evaluar las "consecuencias" para las condiciones de competencia "que se desprenden del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida".[247] Dicho examen debe tener en cuenta todas las características pertinentes del mercado, que pueden incluir las características concretas de la rama de producción de que se

[238] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268.

[239] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 182 y 215. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

[240] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

[241] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 192.

[242] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 193; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268. *Véase también CE - Amianto*, párrafo 100.

[243] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225.

[244] Informes del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 128; y *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96.

[245] Observamos que en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial del GATT que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 337* expuso convincentemente esta cuestión:

> Por un lado, las partes contratantes pueden aplicar a los productos importados prescripciones legales formales *diferentes*, si con ello se les concede un trato más favorable. Por otro lado, también hay que reconocer que puede haber casos en que la aplicación de disposiciones legales formalmente *idénticas* represente en la práctica un trato menos favorable para los productos importados y en que, por tanto, una parte contratante tenga que aplicar a esos productos disposiciones legales diferentes para que el trato que les da no sea en realidad menos favorable.

(Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 136 (donde se cita el informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337*, IBDD 36S/402, párrafo 5.11. (las cursivas figuran en el original)).)

[246] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 206).

[247] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130).

trate, las cuotas de mercado relativas en una determinada rama de producción, las preferencias de los consumidores, y la estructura comercial tradicional.[248] Es decir, el grupo especial debe examinar el funcionamiento del reglamento técnico concreto en litigio en el mercado concreto en que se aplica.[249]

7.29. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, al igual que el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, protege la igualdad de oportunidades de competencia entre productos similares, y no un determinado volumen de comercio.[250] Por consiguiente, un grupo especial no está obligado, en el marco del párrafo 1 del artículo 2, a basar sus conclusiones de derecho en los efectos reales en el comercio del reglamento técnico en el mercado pertinente.[251] Tampoco está limitado, al analizar el efecto perjudicial, a un examen de la aplicación del reglamento técnico en cuestión dentro de los límites de situaciones que sean representativas de pautas de comercio reales.[252] Antes bien, una parte puede establecer su presunción y un grupo especial puede llegar a conclusiones sobre los efectos perjudiciales sobre la base de pruebas y argumentos relativos al "diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida".[253] Al mismo tiempo, una constatación de efectos perjudiciales no puede apoyarse en una simple afirmación[254], y un grupo especial no debe "atribuir un peso indebido al efecto de un reglamento técnico en cualquier situación hipotética".[255]

7.30. Pasando a la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, observamos que el Órgano de Apelación ha subrayado que el contexto específico que ofrecen otras disposiciones del Acuerdo OTC es instructivo para interpretar la expresión "trato no menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. El contexto específico proporcionado, en particular, por el párrafo 1 del Anexo 1, el párrafo 2 del artículo 2 y los considerandos segundo, quinto y sexto del preámbulo, "apoya la interpretación de que el efecto del párrafo 1 del artículo 2 no es prohibir *a priori* cualquier restricción del comercio internacional".[256] El sexto considerando arroja luz sobre el sentido y el alcance del requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2, al dejar claro que los reglamentos técnicos pueden perseguir objetivos legítimos, pero no deben aplicarse en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado.[257] No se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 significa que cualquier distinción, en particular las que se basan *exclusivamente* en las características concretas de un producto o en procesos y métodos de producción concretos, constituiría *per se* un trato menos favorable en el sentido de dicha disposición.[258] Antes bien, algunas distinciones que entrañan un efecto perjudicial pueden no constituir un trato menos

[248] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269.
[249] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269.
[250] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.82; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 176; *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 305; *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafos 135 y 136; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 126; *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 20; y *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 127; y los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.571; *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.236; y *Argentina - Pieles y cueros*, párrafo 11.20.
[251] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 325.
[252] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.15.
[253] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130).
[254] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215. (no se reproducen las cursivas del original)
[255] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.16.
[256] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 171; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 212.
[257] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213. El sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC reconoce que un Miembro de la OMC puede adoptar las medidas necesarias, entre otras cosas, para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que "no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado" o una "restricción encubierta del comercio internacional" y de que "en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo".
[258] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 169; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 211; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268.

favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. Esto sería así, en particular, cuando el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.31. Al determinar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación a la luz de las circunstancias concretas del caso.[259] El Órgano de Apelación ha señalado que cuando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial, por ejemplo porque se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, no se puede considerar que esa distinción sea "legítima", y por tanto el efecto perjudicial reflejará la discriminación prohibida a tenor del párrafo 1 del artículo 2.[260] Por consiguiente, una medida que constituya "discriminación arbitraria o injustificada" no estaría diseñada ni se aplicaría "de manera imparcial". Al mismo tiempo, el hecho de que una medida esté diseñada en forma tal que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificado *no* es la única manera en que una medida puede carecer de imparcialidad, de forma que no pueda decirse que el efecto perjudicial se derive exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.

7.32. Por lo que respecta a la carga de demostrar que un reglamento técnico es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, como ya hemos explicado, una constatación de que un reglamento técnico modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados no es suficiente para demostrar un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2[261] porque un reglamento que tiene un efecto perjudicial *de facto* en las importaciones no será incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 cuando ese efecto se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[262] Con respecto a la carga de demostrar estos elementos del párrafo 1 del artículo 2, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación señaló que está firmemente establecido que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa.[263] Una vez que la parte reclamante ha satisfecho la carga de establecer la presunción *prima facie*, corresponde a la parte demandada refutar esa presunción.[264] En el marco del párrafo 1 del artículo 2, esto significa que un reclamante debe demostrar que, en virtud del reglamento técnico en litigio, el trato que se da a los productos importados es menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares o a productos similares originarios de cualquier otro país. Siempre que haya demostrado que existe un efecto perjudicial, un reclamante podrá, por tanto, establecer una presunción *prima facie* de trato menos favorable por ejemplo presentando pruebas y argumentos que demuestren que la medida no es imparcial, lo que sugeriría que esa medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.[265] Sin embargo, si el demandado demuestra que el efecto perjudicial para los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, de ello se deduce que la medida impugnada no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.[266]

7.33. Por supuesto, no existe una fórmula establecida sobre cómo debe establecer su presunción un reclamante. Antes bien, la naturaleza y el alcance de los argumentos y las pruebas requeridos para establecer una presunción *prima facie* variará necesariamente en función de los hechos[267] y

[259] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.
[260] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.
[261] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 182 y 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.
[262] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.
[263] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216; *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 272. El Órgano de Apelación ha indicado que "cuando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial, por ejemplo porque se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, no se puede considerar que esa distinción sea 'legítima', y por tanto el efecto perjudicial reflejará la discriminación prohibida a tenor del párrafo 1 del artículo 2". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.)
[264] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.
[265] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216; y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 182 y 215.
[266] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.
[267] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.

para cada medida, para cada disposición y para cada caso.[268] Además, estas normas y principios de la jurisprudencia de la OMC no deben aplicarse de manera indebidamente formalista o mecánica[269], ni inhibir el análisis sustantivo que debe realizar un grupo especial. Al tratar de hacer valer una alegación de discriminación *de facto* en el marco del párrafo 1 del artículo 2, un reclamante puede decidir basarse en la totalidad o en algunas de las mismas distinciones reglamentarias y pruebas de la forma en que las distinciones están diseñadas y funcionan en el mercado pertinente, tanto para establecer la existencia de un efecto perjudicial *de facto* como para demostrar que las distinciones reglamentarias establecidas en el reglamento técnico entrañan una falta de imparcialidad. Aunque recae sobre la parte reclamante la carga de establecer una presunción *prima facie*, la parte demandada deberá aportar pruebas que respalden los argumentos que desee formular en respuesta[270], y cada parte debe respaldar las afirmaciones que haga.[271] A nuestro juicio, puesto que ha promulgado el reglamento técnico que contiene las distinciones reglamentarias que dan lugar al efecto perjudicial, el Miembro demandado estará en mejores condiciones para presentar los argumentos y las pruebas necesarios para explicar por qué, contrariamente a lo que afirma el reclamante, el reglamento técnico *es* imparcial y, por consiguiente, por qué el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Así pues, el Órgano de Apelación observó en el procedimiento inicial que, aunque la carga de demostrar que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 recaía sobre México como reclamante, los Estados Unidos tenían que respaldar su afirmación de que su régimen "se adapta[ba]" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[272]

7.34. No estamos seguros de que, en su examen de la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial reconociera plenamente las responsabilidades de ambas partes en este sentido. A nuestro juicio, el razonamiento del Grupo Especial parece describir la carga de la prueba como una cuestión totalmente binaria. Por ejemplo, el Grupo Especial afirmó que, según una interpretación posible de la carga de la prueba, "corresponde a México la carga de acreditar *prima facie tanto* que la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado de los Estados Unidos en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos *como* que ese trato perjudicial refleja la existencia de discriminación porque no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no es imparcial".[273] Subsidiariamente, el Grupo Especial explicó que la carga de la prueba podría atribuirse de forma que, si México demostraba la existencia de un efecto perjudicial, "el Grupo Especial tendría que determinar si los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que ese trato perjudicial deriva, no obstante, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[274] Estas declaraciones no son conformes con el examen que hizo el Órgano de Apelación de la carga de la prueba en el procedimiento inicial, y parecen reflejar una articulación mecánica de la función de la carga de la prueba[275], además de una confusión indebida de la carga de la prueba y la norma de la prueba.[276]

---

[268] Informes del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 134; *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 17; y *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157.

[269] Por ejemplo, "un grupo especial no está siempre obligado a formular una constatación expresa de que una parte reclamante ha satisfecho su obligación de establecer una presunción *prima facie* con respecto a cada uno de los elementos de una reclamación en particular, o que la parte demandada ha refutado efectivamente una presunción *prima facie*. Por consiguiente, un grupo especial no está obligado a formular una resolución explícita, antes de examinar la defensa y las pruebas presentadas por la parte demandada, de que una parte reclamante ha establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad". (Informe del Órgano de apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 135 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 134; y *Corea - Productos lácteos*, párrafo 145).)

[270] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 154.

[271] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 283; *Japón - Manzanas*, párrafo 157; *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 17; y *CE - Hormonas*, párrafo 98).

[272] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 283. En consecuencia, lo que el Órgano de Apelación tenía que determinar era "si los Estados Unidos ha[bía]n demostrado que esta diferencia en las condiciones de etiquetado es una distinción reglamentaria legítima, y por ende si el efecto perjudicial de la medida se deriva[ba] exclusivamente de esa distinción y no refleja[ba] una discriminación". (*Ibid.*, párrafo 284. (no se reproducen las cursivas))

[273] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.59. (las cursivas figuran en el original)

[274] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.236. Véase también el párrafo 7.58.

[275] El Grupo Especial declaró, por ejemplo, que "de conformidad con la asignación de la carga de la prueba ..., corresponde a México demostrar *prima facie* y en primer término que las prescripciones en materia

7.35. Además, tenemos reservas en cuanto a la razón esgrimida por el Grupo Especial para elegir el enfoque que eligió, a saber, que "en el presente procedimiento ambas partes están de acuerdo" en la asignación de la carga de la prueba.[277] En el análisis que condujo a su decisión de adoptar ese enfoque, el Grupo Especial expresó su "incertidumbre"[278] sobre lo que el Órgano de Apelación había constatado previamente en relación con la carga de probar la existencia de un trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2. El Grupo Especial continuó exponiendo con cierto detalle las opiniones de las partes y los terceros en relación con la asignación de la carga de la prueba, declarando que tenía "presente que puede haber razones sistémicas que favorezcan"[279] un enfoque diferente del convenido por las partes, y a continuación decidió no obstante adoptar el enfoque convenido por las partes para asignar la carga de la prueba.[280] A nuestro juicio, un enfoque en el que un grupo especial asigne la carga de la prueba en el marco de una disposición de los acuerdos abarcados únicamente sobre la base del acuerdo entre las partes no sería compatible con su deber de interpretar y aplicar esa disposición. Reconocemos que, en este contexto, el Grupo Especial declaró que era consciente de que no estaba "limitado por las interpretaciones jurídicas ofrecidas por las partes o los terceros".[281] Sin embargo, parece que fue el respaldo conjunto de las partes lo que en última instancia indujo al Grupo Especial a adoptar el enfoque que adoptó. En cualquier caso, ninguno de los participantes ha impugnado en apelación el enfoque del Grupo Especial sobre la carga de la prueba, y continuaremos sobre la base de la articulación de la carga de la prueba aplicable que hizo el Órgano de Apelación, descrita en los párrafos 7.32 y 7.33 *supra*.

7.2.2 Trato menos favorable - Efecto perjudicial

7.36. A continuación abordamos la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la cuestión de si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.

7.37. Los Estados Unidos nos solicitan que revoquemos las constataciones del Grupo Especial de existencia de efecto perjudicial en relación con las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.[282] En primer lugar, los Estados Unidos alegan que, al basar sus constataciones en la diferencia entre los costos y cargas impuestos a los productos de atún originarios de dentro y de fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el Grupo Especial expuso indebidamente los argumentos por México, ya que México no había presentado argumentos ni pruebas en relación con esos costos y cargas en sus comunicaciones escritas.[283] En segundo lugar, según los Estados Unidos, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación imponen a los productos de atún derivados de atún capturado dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO costos y cargas diferentes de los que imponen a los productos de atún derivados de atún capturado en otras pesquerías. Aun suponiendo que haya tales diferencias, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial no explicó cómo esos costos y cargas diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos teniendo en cuenta las características pertinentes del mercado estadounidense.[284] En vez de ello, el Grupo Especial

---

de [certificación,] seguimiento y verificación diferentes *no* son imparciales porque, por ejemplo, reflejan una discriminación. Únicamente si México demuestra esto se desplazará a los Estados Unidos la carga de demostrar que las prescripciones en materia de [certificación,] seguimiento y verificación diferentes derivan de hecho exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.389. (las cursivas figuran en el original) Véanse también los párrafos 7.195 y 7.236.)

[276] Así, por ejemplo, el Grupo Especial expresó su preocupación por que, si la carga de demostrar que el efecto perjudicial no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima recae en el demandante, entonces "los reclamantes pueden decidir no formular una alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC si creen que pueden obtener esencialmente el mismo resultado (es decir, una constatación de la existencia de un trato menos favorable) al amparo del GATT de 1994 *sin tener que demostrar tantos hechos*". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.58. (sin cursivas en el original))

[277] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.59.

[278] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.51.

[279] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.58.

[280] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.46-7.59.

[281] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.59 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 105).

[282] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 92, 135, 287 y 332 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.162, 7.382, 8.2.b y 8.2.c).

[283] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 136-144 y 288-295.

[284] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 145-155 y 314-319.

incurrió en error al llegar a conclusiones sobre el efecto perjudicial "sin formular constataciones fácticas" excepto para establecer la existencia de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes.[285] En tercer lugar, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial no estableció debidamente la existencia de una relación auténtica entre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación previstas en la medida sobre el atún modificada, por un lado, y cualquier efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos de atún mexicanos, por otro. A su juicio, no hay tal relación. La medida sobre el atún modificada no somete a los productos de atún mexicanos a sus prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación porque esos productos se derivan de atún capturado mediante lances sobre delfines y por consiguiente están excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe* desde el principio. Además, los Estados Unidos aducen que, como las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación aplicables a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO están impuestas por el APICD, cualquier efecto perjudicial sobre los productos de atún mexicanos no es atribuible a la medida sobre el atún modificada, sino a las obligaciones internacionales de México.[286]

7.38. México, por su parte, sostiene que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación solucionaron en el procedimiento inicial la cuestión de si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de sus productos de atún en el mercado estadounidense. En particular, México recuerda la constatación del Órgano de Apelación de que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún inicial en los productos de atún mexicanos era consecuencia de que la mayoría de esos productos "contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta '*dolphin safe*'", mientras que "la mayoría de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta '*dolphin safe*'".[287] La medida sobre el atún modificada "no modifica esos aspectos del diseño y la estructura de la medida sobre el atún inicial" que se constató que causaban el efecto perjudicial.[288] En otras palabras, la medida sobre el atún modificada sigue permitiendo que todos los productos de atún estadounidenses y la mayoría de los productos de atún procedentes de otros países tengan acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que niega el acceso a esa etiqueta a la mayoría de los productos de atún mexicanos.[289] Por consiguiente, a juicio de México, las constataciones del Órgano de Apelación, que no han sido impugnadas por las partes en el presente procedimiento, "establecen definitivamente" que el régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. En la audiencia, México aclaró que este argumento está relacionado con la alegación que formuló en apelación, examinada en la sección 7.1 *supra*, de que el Grupo Especial incurrió en error al analizar los tres conjuntos de prescripciones previstos en la medida sobre el atún modificada -los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación"- por separado, en lugar de centrarse en la compatibilidad con la OMC de la medida en su totalidad.[290] Según México, esos tres conjuntos de prescripciones "actúan conjuntamente" para modificar las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos.[291] Como la medida modificada en su totalidad sigue teniendo un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense, México aduce que no trató de establecer "presunciones *prima facie* independientes y completas" de existencia de efecto perjudicial "para cada un[o] de l[os] tres [conjuntos de] condiciones y prescripciones en materia de etiquetado" ni necesitaba hacerlo.[292]

7.39. En su condición de tercero participante, la Unión Europea comparte la opinión de México y sostiene que una evaluación del efecto perjudicial se debe centrar en las consecuencias de la

[285] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 155 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 138).
[286] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 167-184 y 327-331.
[287] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 41 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284).
[288] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 43. Véase también el párrafo 50.
[289] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 44.
[290] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 66.
[291] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 51.
[292] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 48. Véanse también los párrafos 107, 117 y 156.

medida en litigio en su totalidad, esto es, todo el "conjunto de las distinciones reglamentarias pertinentes".[293] Según la Unión Europea, los principales aspectos que llevaron al Grupo Especial inicial y al Órgano de Apelación a constatar que el régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos tiene un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos "no han cambiado".[294] A juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial debería haber tenido en cuenta las constataciones pertinentes del procedimiento inicial, y debería haberse abstenido de emprender un análisis de la cuestión de si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, "consideradas aisladamente", tienen un efecto perjudicial.[295] Las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "aumentadas" solo afectan a la cuestión de si la medida sobre el atún modificada es imparcial.[296] Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, la Unión Europea sugiere que declaremos superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones del Grupo Especial relativas al efecto perjudicial de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.[297]

7.40. Al abordar las cuestiones planteadas por los participantes en apelación, ofrecemos primero un panorama general de las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en relación con el efecto perjudicial de la medida sobre el atún inicial, así como de las constataciones del Grupo Especial en el presente procedimiento sobre el cumplimiento en relación con el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada. A continuación examinamos si el Grupo Especial incurrió en error en el análisis que hizo de la cuestión de si los diversos elementos que constituyen la medida sobre el atún modificada modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense en el sentido del párrafo 1 del artículo 2.

7.2.2.1 Las constataciones de existencia de efecto perjudicial en el procedimiento inicial

7.41. Ante el Grupo Especial inicial, México alegó que la medida sobre el atún inicial modificaba las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de sus productos de atún porque: i) los productos de atún mexicanos se derivan casi exclusivamente de atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, por lo que no pueden acceder a la etiqueta *dolphin safe*; ii) los productos de atún estadounidenses se derivan de atún capturado fuera del PTO mediante la utilización de otros métodos de pesca, por lo que reúnen las condiciones para acceder a la etiqueta; iii) la mayoría de los consumidores y minoristas son sensibles a las cuestiones relacionadas con la mortalidad de los delfines y no comprarán productos de atún que no hayan sido designados como "*dolphin safe*"; y iv) la mayoría de los fabricantes estadounidenses de productos enlatados no aceptarán atún no *dolphin safe* para su transformación.[298]

7.42. El Grupo Especial inicial se mostró de acuerdo con México en que la etiqueta *dolphin safe* tiene "un valor comercial significativo en el mercado estadounidense de productos de atún", y que por consiguiente el acceso a esa etiqueta constituye una "ventaja" en ese mercado.[299] A continuación, el Grupo Especial inicial consideró si la distinción reglamentaria establecida por la medida sobre el atún inicial -en virtud de la cual los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines no podían tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca reunían las condiciones para utilizar esa etiqueta- modificaba las condiciones de competencia en

[293] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 11. (no se reproducen las cursivas)

[294] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 12. La Unión Europea hace referencia, en particular, al "valor comercial significativo" de la etiqueta *dolphin safe* en el mercado estadounidense; a la "asimetría" entre el trato dado al atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y el dado al atún capturado en otras pesquerías; y a la "relación auténtica y sustancial" entre la medida inicial y el efecto perjudicial en el atún y los productos de atún mexicanos, pese a la intervención de algunas "decisiones privadas" de los consumidores estadounidenses y la flota mexicana. (*Ibid.*, párrafos 9 y 12.)

[295] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 12. (no se reproducen las cursivas)

[296] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafos 12, 17, 20, 24 y 47.

[297] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafos 14, 17, 20 y 48.

[298] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.253.

[299] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.289 y 7.291. Esta constatación no fue objeto de apelación. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233.)

detrimento de los productos de atún mexicanos frente a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países. A su juicio, esta distinción reglamentaria no colocaba *de jure* a los productos de atún mexicanos "en desventaja en comparación con los productos de atún de los Estados Unidos y otros productos de atún importados"[300], ya que "cualquier flota que realice operaciones en cualquier parte del mundo debe satisfacer ese requisito" de no efectuar lances sobre delfines.[301]

7.43. Al pasar a examinar si la medida inicial tuvo pese a todo un efecto perjudicial *de facto* teniendo en cuenta las prácticas de pesca de la flota mexicana de pesca y otras flotas de pesca, el Grupo Especial inicial señaló que, desde 1990, cuando se adoptó la primera versión de la DPCIA, los buques estadounidenses habían suspendido gradualmente los lances sobre delfines para capturar atún en el PTO, mientras que la flota mexicana no había abandonado el uso de esa técnica de pesca.[302] Por consiguiente, el Grupo Especial inicial consideró que ninguna diferencia en las situaciones de competencia relativas de los productos de atún mexicanos y otros productos de atún era atribuible a la medida inicial, sino que era el resultado de las decisiones de actores privados[303], incluida "la propia flota pesquera y las fábricas de productos enlatados de México".[304] Asimismo, sostuvo que, por razones similares, "[l]a existencia de costos adicionales para algunos operadores como resultado de factores tales como las prácticas en vigor ... tampoco implica necesariamente" un efecto perjudicial en las condiciones de competencia de los productos de esos operadores.[305] Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, el Grupo Especial inicial no quedó convencido de que la medida sobre el atún inicial modificase las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en comparación con los productos similares originarios de los Estados Unidos o de cualquier otro país.[306]

7.44. El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial había formulado las siguientes constataciones fácticas: i) "la rama de producción mexicana de atún enlatado está integrada de forma vertical y los mayores fabricantes de productos de atún y de productos enlatados son propietarios de sus propios buques que pescan en el PTO"; ii) "por lo menos dos tercios de la flota atunera de cerco mexicana pesca en el PTO efectuando lances sobre delfines" y "por consiguiente pescando atún que, según las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado '*dolphin safe*', un producto de atún que sea inocuo para los delfines no puede contener"; iii) "la flota estadounidense no efectúa lances sobre delfines en el PTO"; iv) "en vista de las prácticas seguidas actualmente por las flotas atuneras de los Estados Unidos y México, la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado '*dolphin safe*', ser incluido en un producto inocuo para los delfines", mientras que "la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado".[307]

7.45. A juicio del Órgano de Apelación, esas constataciones "establec[ía]n claramente" que el hecho de que los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines no puedan tener acceso a la etiqueta *dolphin safe* tenía un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.[308] El Órgano de Apelación declaró que para formular una determinación de existencia de efecto perjudicial no es necesario determinar si los productos importados "podrían" de algún modo tener acceso al mercado "cumpliendo todas las condiciones aplicables", sino más bien "si la medida impugnada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados".[309] El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que las situaciones de competencia diferentes de los productos de atún mexicanos y de otros productos de atún no fueran atribuibles a la medida sobre el atún inicial, sino a las opciones de actores privados. El Órgano de Apelación consideraba que, al evaluar si hay una relación auténtica entre una medida y un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados, lo que hay que preguntarse

[300] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.311.
[301] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.305.
[302] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.327-7.331.
[303] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.334.
[304] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.378.
[305] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.342.
[306] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.374.
[307] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.310, 7.314, 7.316 y 7.317).
[308] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 235.
[309] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 221.

es si "la actuación gubernamental 'afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales e importados, en el mercado comprendido en el territorio de un Miembro'".[310] El Órgano de Apelación consideró que lo que había modificado las condiciones de competencia en el mercado en detrimento de los productos de atún mexicanos era la "actuación gubernamental" en forma de adopción y aplicación de la medida sobre el atún inicial, y que, en consecuencia, el efecto perjudicial derivaba de la medida inicial.[311] En su opinión, "el hecho de que el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos pu[diese] conllevar algún elemento de opción privada no exim[ía] a los Estados Unidos de responsabilidad en virtud del Acuerdo OTC".[312]

7.46. Sobre la base de lo expuesto *supra*, el Órgano de Apelación concluyó que la medida sobre el atún inicial ciertamente modificaba las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos.[313] En una parte posterior de su informe, el Órgano de Apelación resumió sus conclusiones sobre el efecto perjudicial del siguiente modo:

> [E]l efecto perjudicial de la medida en los productos de atún mexicanos es consecuencia de que la mayoría de esos productos contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta "*dolphin safe*", mientras que la mayoría de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta "*dolphin safe*". El aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es, por tanto, la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro.[314]

7.2.2.2 Las constataciones del Grupo Especial

7.47. Ante el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, tanto México como los Estados unidos indicaron que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada es el mismo que el de la medida inicial. El principal argumento de México con respecto al efecto perjudicial fue que "[l]os principales elementos del diseño y la estructura de la medida que actuaron conjuntamente para denegar oportunidades de competencia ... no han sido modificados".[315] En particular, el efecto perjudicial cuya existencia constataron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial -a saber, la exclusión de la mayor parte de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, frente a la admisibilidad para esa etiqueta de la mayor parte de los productos similares originarios de los Estados Unidos y otros países- sigue existiendo.[316] Los Estados Unidos, por su parte, no cuestionan las conclusiones del Órgano de Apelación sobre el efecto perjudicial en el procedimiento inicial[317] que, a su juicio, se centraban en el acceso a la etiqueta *dolphin safe* teniendo en cuenta "las prácticas de pesca de las flotas estadounidense y mexicana".[318] Según los Estados Unidos, la exclusión de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines "*es* el efecto perjudicial".[319] En opinión de los Estados Unidos, las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "no [eran] pertinentes" para el análisis del efecto perjudicial realizado por el Grupo Especial[320], porque los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines

---

[310] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 236 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 149).

[311] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 239.

[312] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 239.

[313] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 240.

[314] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284.

[315] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 223.

[316] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 52, 315 y 329. Véanse también, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 104, 203, 220 y 221; la declaración inicial de México en la reunión del Grupo Especial, párrafo 50; y la respuesta de México a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafos 20 y 21.

[317] Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.446.

[318] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 68.

[319] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 223. (las cursivas figuran en el original)

[320] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 75.

seguirían sin reunir las condiciones para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe* aunque esas prescripciones no existieran.[321]

7.48. El Grupo Especial opinó que los argumentos de México concernientes al efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada se habían "desarrollado" en el curso del procedimiento.[322] En un principio México se había centrado en el hecho de que la medida modificada niega el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a la mayor parte de los productos de atún mexicanos, mientras que todos los productos de atún estadounidenses y la mayor parte de los productos similares procedentes de otros países tienen acceso a la etiqueta.[323] Posteriormente, México explicó que es "la inexistencia de suficientes prescripciones en materia de admisión de métodos de pesca, mantenimiento de registros, verificación y observadores" fuera de la pesquerías de grandes buques de cerco del PTO lo que causa que los productos de atún mexicanos "p[ierdan] oportunidades de competencia frente a productos de atún que pueden etiquetarse erróneamente como *dolphin safe*".[324] Según el Grupo Especial, estos últimos argumentos de México "constitu[ían] una alegación clara y reconocible de un efecto perjudicial" que era "distinto" y "separado" del tipo de efecto perjudicial que México identificó como resultante de los criterios de admisibilidad.[325] Mientras que los criterios de admisibilidad son "responsables del hecho de que la mayor parte de los productos de atún mexicanos no reúnan las condiciones para recibir la etiqueta", las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación proporcionan una "ventaja competitiva" a los productos de atún no mexicanos.[326]

7.49. Por consiguiente, como se analiza en la sección 7.1 *supra*, el Grupo Especial segmentó su evaluación de la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 en tres análisis separados, correspondientes a cada uno de los tres conjuntos de prescripciones que constituyen la medida: los "criterios de admisibilidad", las "prescripciones en materia de certificación diferentes" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes".[327]

7.50. El Grupo Especial comenzó evaluando la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 de los "criterios de admisibilidad" -es decir, la distinción reglamentaria entre los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún derivados de atún capturado mediante otros métodos de pesca-.[328] Observó que esos criterios se sitúan "en el centro mismo del procedimiento inicial".[329] Con respecto a este primer conjunto de prescripciones, el Grupo Especial no realizó un análisis de dos partes de: i) si los criterios de admisibilidad tienen un efecto perjudicial en las condiciones de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense; y, en caso afirmativo, ii) si ese efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En cambio, consideró que, en cuanto al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, debía "bas[arse] en las conclusiones fácticas y jurídicas del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación, por lo menos si no existen nuevas pruebas convincentes que hagan insostenibles esas constataciones anteriores".[330] El Grupo Especial entendió que el Órgano de Apelación "constató claramente" en el procedimiento inicial que los Estados Unidos tienen derecho a tratar los lances sobre delfines y otros métodos de pesca de manera diferente[331] y que, en consecuencia, la exclusión de la etiqueta *dolphin safe* del atún capturado mediante lances sobre delfines, junto con la admisión para la etiqueta de atún capturado mediante otros métodos de pesca, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.[332] El Grupo Especial no consideró apropiado "reanud[ar] esa indagación" y, en cambio, señaló que "respeta[ba] y reafirma[ba]" la constatación del Órgano de Apelación de que, "en la medida en que modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de ...

[321] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 223.
[322] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102.
[323] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 232).
[324] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.104 (donde se cita la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 117). (no se reproduce el subrayado)
[325] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105. (no se reproducen las cursivas)
[326] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105. (no se reproducen las cursivas)
[327] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.108.
[328] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.2.2.
[329] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.118.
[330] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.119.
[331] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.122. Véase también el párrafo 7.123.
[332] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.

los productos de atún mexicanos, los criterios de admisibilidad son imparciales y, por consiguiente, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[333]

7.51. El Grupo Especial pasó entonces a evaluar, por orden, la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 de las "prescripciones en materia de certificación diferentes"[334] y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes".[335] Respecto de cada uno de esos conjuntos de prescripciones, el Grupo Especial realizó un análisis de dos partes encaminado a establecer: i) si el conjunto de prescripciones en cuestión tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense; y, en caso afirmativo, ii) si ese efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.52. Al examinar si las "prescripciones en materia de certificación" diferentes -es decir, la prescripción de que tanto capitanes como observadores hagan certificaciones en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, frente a la prescripción de que la certificación la haga solo el capitán en el caso de "todas las demás pesquerías"- dan lugar al efecto perjudicial para los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense, el Grupo Especial basó su razonamiento en los costos de la aplicación de la cobertura por observadores. Señaló que los Estados Unidos habían admitido que "la presencia de observadores implica el gasto de recursos importantes"[336], y que las partes habían reconocido que "los costos de la aplicación de la cobertura por observadores pueden ser considerables".[337] Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Grupo Especial consideró que, al no exigir la cobertura por observadores independientes en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, las prescripciones en materia de certificación "imponen una carga menor" a los productos de atún derivados de atún capturado en esas otras pesquerías.[338] Tras formular esa constatación, el Grupo Especial consideró que no era necesario además "formular una constatación definitiva"[339] sobre la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación "hacen más probable que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sea etiquetado erróneamente".[340] Si bien vio "cierto fundamento" en la alegación de México, el Grupo Especial opinó que "una constatación definitiva sobre este punto exigiría un análisis complejo y detallado de todos los diversos factores que pueden hacer que el atún sea etiquetado erróneamente".[341]

7.53. Sobre la base de lo que antecede, el Grupo Especial concluyó que las prescripciones en materia de certificación modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.[342]

7.54. Posteriormente, el Grupo Especial se ocupó del supuesto efecto perjudicial de las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" establecidas en la medida sobre el atún modificada -es decir, las "prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación" diferentes para los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y para los productos de atún que contienen atún capturado en otras pesquerías-.[343] El Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación para los productos de atún originarios de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, impuestas en gran medida por el APICD, conllevan "obligaciones rigurosas"[344] cuya

[333] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.
[334] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.2.4.
[335] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.2.5.
[336] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.162 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 265 y 266).
[337] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.162 (donde se hace referencia, entre otras cosas, a las respuestas de los Estados Unidos y México a las preguntas 48-50 del Grupo Especial). En particular, el Grupo Especial indicó que los Estados Unidos habían reconocido que el costo de establecer y mantener programas de observadores "representa un enorme obstáculo a la entrada en el mercado estadounidense de atún y puede ascender a centenares de millones de dólares". (*Ibid*. (donde se cita la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 49 del Grupo Especial, párrafo 266).)
[338] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.162.
[339] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.169.
[340] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.163.
[341] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.169.
[342] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.179.
[343] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.98 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 236).
[344] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.296.

finalidad es asegurar la separación del atún capturado sin dar muerte ni herir gravemente a delfines y el atún capturado en lances que conllevan la mortalidad o las heridas graves de los delfines, en todo el proceso de producción -con inclusión del almacenamiento a bordo de buques de pesca, la descarga en puerto, la comercialización a través de intermediarios, el transbordo, la transformación parcial en lomos y el enlatado-.[345] Con respecto a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el Grupo Especial tomó nota de las explicaciones de los Estados Unidos sobre la forma en que la medida sobre el atún modificada prevé la verificación de que ha habido separación del atún *dolphin safe* y el atún que no es *dolphin safe*. El Grupo Especial constató que los Estados Unidos se aseguran de que todo el atún ha sido seguido y verificado debidamente, sobre todo a través de las auditorías de las fábricas de conservas -que incluyen comprobaciones aleatorias- para obtener "los documentos que siguen a lotes determinados recibidos por las fábricas desde la expedición del buque en la que se capturó el atún".[346] Las fábricas de conservas están obligadas a presentar informes mensuales que contengan información sobre el atún recibido y transformado, con inclusión de su condición *dolphin safe*, el peso, el océano en que fue capturado, el tipo de artes utilizado, el tipo de buque que lo capturó, las fechas de la expedición, el nombre del buque de transporte, las fechas de descarga, el lugar de descarga y, si los productos de atún deben llevar la etiqueta *dolphin safe*, las certificaciones exigidas.[347] Otras formas de control por las autoridades estadounidenses son las comprobaciones aleatorias de productos vendidos al por menor -que funcionan "esencialmente de la misma manera que las auditorías de las fábricas de conservas"[348]- y las inspecciones en alta mar, en aguas estadounidenses o en puertos estadounidenses.[349]

7.55. El Grupo Especial sostuvo que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación aplicadas dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, respectivamente, presentan "diferencias fundamentales" en lo relativo al "alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental".[350] Por lo que respecta al alcance, el Grupo Especial constató que el sistema aplicado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO permite seguir al atún en sentido inverso "durante todo el proceso hasta *el lance determinado* en que se capturó el atún y *el pozo determinado en el que fue almacenado*".[351] En cambio, el sistema aplicado en otras pesquerías solo permite rastrear al atún en sentido inverso "hasta el *buque* y la expedición en que fue capturado".[352] En cuanto a la exactitud, el Grupo Especial constató que, con respecto a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, los TTF y las certificaciones pertinentes acompañan a lotes de atún determinados "durante todo el proceso de pesca y producción, desde el punto en que se captura el atún hasta el punto en que se vende al por menor".[353] En cambio, en el caso del atún capturado en otras pesquerías, los Estados Unidos no habían demostrado de qué manera las certificaciones pertinentes van unidas a lotes de atún determinados hasta el momento en que el atún llega a la fábrica de conservas.[354] Por último, en relación con la supervisión gubernamental, el Grupo Especial consideró que, con respecto a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la información relativa a cada etapa de la captura y transformación del atún se proporciona a las autoridades competentes enviándoles copias de los TTF y notificándoles cualquier cambio de propiedad del atún.[355] En cambio, en el caso del atún capturado en otras pesquerías, las autoridades competentes solo reciben información sobre el origen y los antecedentes del atún de las propias fábricas de conservas -a través de los informes mensuales obligatorios o de las

[345] Informe del Grupo Especial, párrafos 3.47-3.52.

[346] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.308 (donde se cita la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 240).

[347] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.303.

[348] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.312.

[349] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.307.

[350] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.354. (no se reproducen las cursivas)

[351] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.355. (las cursivas figuran en el original)

[352] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.356. (las cursivas figuran en el original) A este respecto, el Grupo Especial examinó dos pruebas documentales que, según los Estados Unidos, demuestran que el sistema de seguimiento y verificación aplicado en pesquerías que no son la pesquería de grandes buques de cerco del PTO permiten rastrear al atún en sentido inverso hasta el lance específico en que se capturó el atún y el pozo concreto en el que fue almacenado. El Grupo Especial no estuvo de acuerdo en que esas pruebas documentales demuestren que sea posible rastrear el atún en sentido inverso hasta donde afirmaban los Estados Unidos. Más bien, opinó que el sistema únicamente permite seguir al atún en sentido inverso hasta la expedición en que fue capturado. (*Ibid*., párrafos 7.357-7.359.)

[353] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.360.

[354] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.361.

[355] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.364.

auditorías y las comprobaciones aleatorias- y por lo tanto no pueden ir "más allá de los documentos" y valorar la veracidad de esa información.[356]

7.56. Teniendo en cuenta lo anterior, el Grupo Especial concluyó que el sistema de seguimiento y verificación aplicado al atún capturado en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO presenta algunas "importantes lagunas en la cobertura"[357], que "indica[n] claramente" que el sistema en cuestión es "significativamente menos gravoso" que el sistema en vigor para el atún capturado dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[358] Tras formular esa constatación, el Grupo Especial no consideró necesario seguir examinando la alegación de México de que las diferencias en los dos conjuntos de prescripciones en materia de seguimiento y verificación hacen más probable que los productos de atún derivados de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se etiqueten incorrectamente. Aunque el Grupo Especial vio "cierto fundamento" en la alegación de México, opinó que una constatación definitiva sobre este punto exigiría "un análisis técnico detallado del funcionamiento real del sistema".[359]

7.57. Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos.[360]

7.58. En cada uno de sus dos análisis del efecto perjudicial, el Grupo Especial abordó el argumento de los Estados Unidos de que cualquier efecto perjudicial que sufran los productos de atún mexicanos debido a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación aplicadas a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO "deriva del régimen del APICD" y no de la medida sobre el atún modificada, con la consecuencia de que no existe una "relación auténtica" entre la medida y cualquier efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos.[361] El Grupo Especial constató que, si bien el APICD impone determinadas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, "no dice nada" sobre prescripciones análogas aplicables a otras pesquerías.[362] En cambio, la medida sobre el atún modificada impone determinadas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y prescripciones de ese tipo diferentes a otras pesquerías. Así pues, el Grupo Especial explicó que "[e]s la medida sobre el atún modificada" la que, dentro del mismo marco reglamentario, "prevé dos conjuntos de normas para el acceso a la etiqueta *dolphin safe*: un conjunto en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y otro conjunto para todo el resto del atún".[363] En opinión del Grupo Especial, el hecho de que las obligaciones internacionales impongan un elemento de la distinción reglamentaria -es decir, las prescripciones aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO- no resta validez a la conclusión de que la distinción en su totalidad es atribuible al "diseño y la estructura de la propia medida sobre el atún modificada".[364]

7.2.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada

7.59. Para comenzar nuestro examen del análisis del efecto perjudicial que realizó el Grupo Especial recordamos que, al examinar si un reglamento técnico entraña un efecto perjudicial *de facto*, un grupo especial debe tener en cuenta "la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí" y evaluar las consecuencias para las condiciones de competencia "que se desprenden

[356] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.365.
[357] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.369 (donde se citan las observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 172).
[358] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.369 y 7.370.
[359] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.372.
[360] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.382.
[361] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.171 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 226 y 295).
[362] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177.
[363] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177.
[364] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177. Véase también el párrafo 7.294.

del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida".[365] Dicho examen también debe "tener en cuenta todas las características pertinentes del mercado, que pueden incluir las características concretas de la rama de producción de que se trate, las cuotas de mercado relativas en una determinada rama de producción, las preferencias de los consumidores, y la estructura comercial tradicional", es decir "el funcionamiento del reglamento técnico concreto en litigio en el mercado concreto en que se aplica".[366] Por lo tanto, un grupo especial que realiza un análisis del efecto perjudicial *de facto* en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC debería tener en cuenta tanto el diseño y la estructura de la medida en litigio como la forma en que funciona (o cabe esperar que funcione) la medida a la luz de las características pertinentes del mercado de que se trate.

7.60. Recordamos además que, como se constató en el procedimiento inicial y han reconocido ambas partes en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* constituye una "ventaja" en el mercado de productos de atún estadounidense en virtud del "valor comercial significativo" de esa etiqueta.[367]

7.61. En la sección 7.1 *supra*, expresamos la opinión de que la medida sobre el atún modificada solo establece el acceso a la etiqueta *dolphin safe* para los productos de atún que se venden en el mercado estadounidense mediante el diseño y el funcionamiento de todas sus condiciones de etiquetado combinadas. En efecto, las condiciones de etiquetado diferentes pueden incidir de distintas formas en el acceso a la etiqueta *dolphin safe* para grupos de productos de atún similares. Por ejemplo, aunque la exclusión de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines significa que la mayor parte de los productos de atún mexicanos no reúnen las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe*[368], otros elementos de la medida sobre el atún modificada, como las nuevas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación impuestas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en virtud de la norma definitiva de 2013, pueden también excluir del acceso a la etiqueta a algunos productos de atún estadounidenses o de otro origen. Los diversos conjuntos de prescripciones previstos en la medida sobre el atún modificada pueden tener diversos grados de importancia para la cuestión de si existe un efecto perjudicial para los productos de atún mexicanos, de modo que puede ser apropiado desglosar los diferentes elementos y examinarlos en orden secuencial. Sin embargo, no consideramos que se pueda llevar a cabo debidamente un examen del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada sin tener también en cuenta la interrelación entre esos elementos y sin abordar la manera en que funcionan conjuntamente para modificar las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de productos de atún.

7.62. No vemos que el Grupo Especial haya considerado esa interrelación en su examen. En lugar de ello, el Grupo Especial realizó un análisis segmentado respecto de cada uno de los "criterios de admisibilidad"[369], las "prescripciones en materia de certificación diferentes"[370] y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes".[371] Al exponer esos análisis separados, el Grupo Especial consideró que el tipo de efecto perjudicial causado por los conjuntos de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación es de un carácter "distinto" y "separado" del que tiene un efecto perjudicial causado por los criterios de admisibilidad.[372] En particular, el Grupo Especial hizo referencia a la afirmación de México según la cual los criterios de admisibilidad "son responsables del hecho de que la mayor parte de los productos de atún mexicanos no reúnan las condiciones para recibir la etiqueta".[373] En cambio, el

[365] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269 (donde se citan, respectivamente, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 206; y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130).

[366] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 8.119; y a los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 145; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 233 y 234).

[367] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.289 y 7.291. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.424.

[368] Véanse el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.317; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234.

[369] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.2.2.2.

[370] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.2.4.1.

[371] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.2.5.1.

[372] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105. (no se reproducen las cursivas)

[373] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 117).

Grupo Especial identificó el carácter del efecto perjudicial derivado de las prescripciones en materia de certificación diferentes y de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes como la "ventaja competitiva" que se concede a los productos de atún obtenidos de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en forma de menores costos y cargas impuestos por la medida sobre el atún modificada a esos productos de atún, en comparación con los costos y cargas que impone a los productos de atún derivados de atún capturado dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[374] Después de haber llevado a cabo esos tres análisis segmentados, el Grupo Especial no trató de sintetizarlos ni de examinar de forma más integral las consecuencias que podría tener el funcionamiento combinado de los diferentes conjuntos de prescripciones para su análisis del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos.

7.63. A nuestro juicio, el enfoque analítico del Grupo Especial pasa por alto que no se puede examinar debidamente el efecto perjudicial resultante de la medida sobre el atún modificada mediante análisis aislados del efecto perjudicial relacionado con los conjuntos separados de prescripciones previstos en esa medida. Puesto que todas las condiciones para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* pueden influir en ese efecto perjudicial[375], una evaluación adecuada del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos exige un examen de la manera en que las condiciones de etiquetado diferentes previstas en la medida funcionan conjuntamente de forma que afecta a las condiciones de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.

7.64. Recordamos también que, como se señaló en el párrafo 5.9 *supra*, "el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no tiene lugar de manera aislada del procedimiento inicial", sino que "ambos procedimientos forman parte de un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad".[376] El examen por un grupo especial de una medida destinada a cumplir debe tener debidamente en cuenta las constataciones del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD.[377] Así pues, por ejemplo, al establecer el alcance analítico de su análisis del efecto perjudicial, el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* afirmó que "[seguiría] el enfoque adoptado por el Grupo Especial inicial".[378] Sobre esa base, el Grupo Especial sobre el cumplimiento evaluó si la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD modificaba el efecto perjudicial cuya existencia se había constatado en el procedimiento inicial.[379]

7.65. Análogamente, consideramos que el enfoque analítico sobre el efecto perjudicial que utilizaron el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constituye el marco pertinente para una evaluación adecuada del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada. Sería útil que esa evaluación se basara en, o tomara como punto de partida, la constatación del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial según la cual el efecto perjudicial de la medida sobre el atún inicial era "consecuencia de que la mayoría de esos productos contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta '*dolphin safe*'", mientras que "la mayoría de los productos de atún procedentes de los

[374] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105.

[375] Según reconoció el propio Grupo Especial, el régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos incluye necesariamente no solo las "prescripci[ones] sustantiva[s]", sino también las diversas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación que constituyen los mecanismos por los que "se vigila y se demuestra" el cumplimiento de esas prescripciones sustantivas. (Informe del Grupo Especial, nota 125 al párrafo 7.37.)

[376] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 386.

[377] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 142; *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121; *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, párrafo 61; *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafos 68 y 77; y *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 102).

[378] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 7.66.

[379] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 7.68-7.175.

Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta '*dolphin safe*'".[380] En el procedimiento inicial, el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación se centraron en el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Al hacerlo, fundamentaron sus evaluaciones en la distinción reglamentaria por medio de la cual los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines eran excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que los productos de atún derivados de atún capturado mediante otros métodos de pesca reunían las condiciones para llevar dicha etiqueta, que era la distinción reglamentaria central de la impugnación de México.[381] Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación reconoció los vínculos entre los distintos elementos del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos cuando afirmó que el aspecto de la medida sobre el atún inicial que causaba el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos era "la *diferencia en las condiciones para etiquetar*" productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca por otro.[382]

7.66. Así pues, a nuestro parecer, las constataciones sobre el efecto perjudicial que formularon el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación refuerzan la opinión de que una evaluación adecuada del efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos exige un examen de la manera en que las condiciones de etiquetado diferentes previstas en la medida funcionan conjuntamente. Tal análisis debería incluir también el examen de la cuestión de si esas condiciones funcionan de una forma que produce el mismo efecto perjudicial cuya existencia se constató en el procedimiento inicial, o que lo modifica. Por ejemplo, el Grupo Especial podría haber explicado en qué medida las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, introducidas por la norma definitiva de 2013 con respecto a los productos de atún que no son originarios de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, tenían el efecto de reducir (o aumentar) el acceso a la etiqueta *dolphin safe* para esos productos.[383] Sobre esa base, el Grupo Especial podría haber examinado si el funcionamiento combinado de las condiciones de etiquetado diferentes previstas en la medida sobre el atún modificada redujeron (o ampliaron) el efecto perjudicial de las diferencias reglamentarias en el trato dispensado a los productos de atún mexicanos *en comparación* con los productos similares estadounidenses o de otro origen, en lo relativo al acceso a la etiqueta *dolphin safe*.

7.67. Observamos que, al exponer su análisis de la compatibilidad de los "criterios de admisibilidad" con el párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial efectivamente reconoció la importancia de las constataciones hechas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.[384] Sin embargo, en el resto de su examen de los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial se limitó a "respeta[r] y reafirma[r]" la supuesta constatación del Órgano de Apelación de que la distinción reglamentaria entre los productos de atún derivados de atún

[380] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284.

[381] Véanse el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.253; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284.

[382] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284 (sin cursivas en el original). En otra parte de su informe, el Órgano de Apelación señaló las constataciones del Grupo Especial inicial de que, en el caso de los productos de atún que no son originarios de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, no se requerían certificaciones de que no se hubiera dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín en las redes cuando se capturó el atún. (Véase *ibid*., párrafo 292 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.561).) El Órgano de Apelación también confirmó la constatación del Grupo Especial inicial de que la imposición de la prescripción sustantiva de que no se hubiera dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín fuera del PTO no tendría importancia alguna en la práctica "si se supone que no puede verificarse". (*Ibid*., párrafo 294 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.541).)

[383] Dado que solo transcurrieron cuatro meses entre la adopción de la norma definitiva de 2013, el 9 de julio de 2013, y la iniciación por México del presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el 15 de noviembre de ese año, puede haber sido difícil para las partes presentar pruebas empíricas que muestren las modificaciones en los niveles o las proporciones de productos de atún no originarios de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que pueden acceder a la etiqueta *dolphin safe*. Observamos, no obstante, que ambas partes presentaron pruebas relativas a los niveles de mortalidad y heridas graves a delfines en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. El Grupo Especial podría haberse basado en esas pruebas para extraer algunas conclusiones relativas al grado en que las prescripciones adicionales que figuran en la medida sobre el atún modificada han excluido del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún que habrían podido acceder a la etiqueta de conformidad con la medida sobre el atún inicial.

[384] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.118. El Grupo Especial consideró "apropiado" "bas[arse] en las conclusiones fácticas y jurídicas del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación, por lo menos si no existen nuevas pruebas convincentes que hagan insostenibles esas constataciones anteriores". (*Ibid*., párrafo 7.119.)

capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún derivados de atún capturado por otros métodos de pesca es "imparcial" y por consiguiente "no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2".[385] Dicho de otro modo, el Grupo Especial *no* hizo referencia a las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el marco de la *primera* parte del análisis del trato menos favorable, es decir, en relación con el efecto perjudicial de esa distinción reglamentaria. Tampoco llevó a cabo su propia evaluación de la cuestión de si la exclusión de la etiqueta *dolphin safe* de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines, junto con la admisión de los productos de atún derivados de atún capturado por otros métodos de pesca para la etiqueta, tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.[386]

7.68. El enfoque del Grupo Especial es en cierto modo sorprendente dado que tanto México como los Estados Unidos indicaron al Grupo Especial que, de conformidad con la medida sobre el atún modificada, al igual que de conformidad con la medida sobre el atún inicial, la mayor parte de los productos de atún mexicanos siguen estando excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que la mayor parte de los productos similares procedentes de los Estados Unidos y de otros países siguen reuniendo las condiciones de acceso a esa etiqueta.[387] No nos queda claro, a este respecto, que, como afirma el Grupo Especial, la posición de México sobre el efecto perjudicial se haya "desarrollado"[388] en el curso del procedimiento hasta abarcar alegaciones sobre la existencia de un efecto perjudicial separado y distinto derivado de "[l]a inexistencia de suficientes prescripciones en materia de admisión de métodos de pesca, mantenimiento de registros, verificación y observadores" fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[389] Observamos asimismo que, en apelación, ni México ni los Estados Unidos consideran que los análisis realizados por el Grupo Especial del efecto perjudicial de las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación estuvieran justificados o fueran necesarios habida cuenta de las constataciones de existencia de efecto perjudicial formuladas por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación.

7.69. Tras haber identificado esas preocupaciones de carácter general relativas al enfoque segmentado que aplicó el Grupo Especial respecto del efecto perjudicial, pasamos ahora a examinar el enfoque analítico que utilizó el Grupo Especial al realizar sus análisis separados del efecto perjudicial sobre la base de los costos y cargas asociados con las prescripciones en materia de certificación y con las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.

7.70. El Grupo Especial consideró que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "solo son pertinentes en el caso del atún que reúne las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe* y se tiene intención de que la reciba", es decir, que solo son pertinentes en el caso del atún no capturado mediante lances sobre delfines.[390] En consecuencia, el Grupo Especial comparó los costos y cargas que entrañan las prescripciones en materia de

[385] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126. Nos ocupamos con mayor detalle de esta parte del razonamiento del Grupo Especial en la sección 7.2.3.2.2 del presente informe.

[386] Observamos que, en la parte de su informe donde examinó la compatibilidad de los "criterios de admisibilidad" con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial consideró que la distinción reglamentaria entre los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún derivados de atún capturado por otros métodos de pesca "tiene el efecto de denegar [a los] productos de atún [mexicanos] una valiosa ventaja comercial (es decir, el acceso a la etiqueta *dolphin safe*)", modificando así las condiciones de competencia en detrimento de esos productos. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447. Véase también el párrafo 7.498.) Sin embargo, el Grupo Especial no complementó esa constatación con una evaluación de la cantidad de productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que son excluidos del acceso a la etiqueta en virtud de las nuevas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en vigor fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

[387] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 223 y 224; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 215. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.446.

[388] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102.

[389] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.104 (donde se cita la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 117 (no se reproduce el subrayado)). En efecto, como admitió expresamente el Grupo Especial, "el centro" de la argumentación sobre el trato perjudicial formulada por México es que, "con arreglo a la medida sobre el atún modificada, la mayor parte del atún y los productos de atún mexicanos ... no reúne las condiciones para recibir la etiqueta estadounidense *dolphin safe*, mientras que la mayor parte del atún capturado y los productos de atún transformados por los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC ... sí reúne esas condiciones". (*Ibid*., párrafo 7.152.)

[390] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.143.

certificación y de seguimiento y verificación diferentes, por una parte, para los productos de atún mexicanos derivados de atún capturado *por medios distintos de los lances sobre delfines* y, por otra, para los productos de atún estadounidenses o de otro origen derivados de atún capturado *por medios distintos de los lances sobre delfines*.[391] Recordamos que, a los efectos del procedimiento inicial, así como del presente procedimiento sobre el cumplimento, "los productos de atún mexicanos son 'similares' a los productos de atún originarios de los Estados Unidos y los productos de atún originarios de cualquier otro país"[392], independientemente de que se deriven o no de atún capturado mediante lances sobre delfines. Así pues, al limitar la comparación al trato concedido a los productos de atún que "reúnen las condiciones" para llevar la etiqueta *dolphin safe*, los análisis realizados por el Grupo Especial de los costos y cargas respectivos derivados de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes se centraron en un *subconjunto* de los productos que son "similares", según se ha constatado en esta diferencia.

7.71. Al examinar la idoneidad del enfoque adoptado por el Grupo Especial, recordamos que el alcance del producto para una comparación respecto del efecto perjudicial depende de los productos que un grupo especial haya constatado que son "similares" a los efectos del párrafo 1 del artículo 2.[393] Una vez adecuadamente identificados los productos "similares", el párrafo 1 del artículo 2 exige al grupo especial que compare el trato dado por la medida en litigio al "grupo" de productos similares importados del Miembro reclamante, por una parte, con el otorgado al "grupo" de productos nacionales similares y/o al "grupo" de productos similares originario de todos los demás países, por la otra.[394] Esto no quiere decir que la constatación de la existencia de un efecto perjudicial requiera que *todos* los productos importados del Miembro reclamante reciban un trato menos favorable que el otorgado a *todos* los productos nacionales similares y/o a *todos* los productos similares originarios de otros países. Sin embargo, a nuestro juicio, un grupo especial no puede limitar artificialmente su análisis únicamente a subconjuntos de los grupos pertinentes de productos similares de un modo que se arriesgue a sesgar la comparación apropiada a efectos de determinar la existencia de un efecto perjudicial.

7.72. Observamos además que, al evaluar si la medida sobre el atún inicial tenía un efecto perjudicial sobre los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense, el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación compararon el trato concedido al grupo de productos de atún mexicanos con el otorgado a los grupos de productos similares estadounidenses y de otros países, a fin de evaluar las posiciones relativas de esos grupos de productos con respecto al acceso a la etiqueta *dolphin safe*.[395] Dadas las características particulares de la medida sobre el atún modificada, y a la luz de los hechos y circunstancias de esta diferencia, consideramos que, para llegar a sus conclusiones sobre el efecto perjudicial, el Grupo Especial estaba obligado a comparar el trato que las condiciones de etiquetado previstas en la medida sobre el atún modificada conceden al *grupo* de productos de atún mexicanos, por un lado, con el trato otorgado a los *grupos* de productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y de otros países, por otro. Efectivamente, la identificación correcta de los grupos de productos que se habían de comparar guardaba relación con todas las partes del análisis realizado por el Grupo Especial a tenor del párrafo 1 del artículo 2, incluida la evaluación de si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense y, en caso afirmativo, de si ese efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[396]

---

[391] Recordamos que la mayor parte de los productos de atún mexicanos se derivan de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, mientras que la mayor parte de los productos procedentes de los Estados Unidos y de otros países se derivan de atún capturado en otras pesquerías.

[392] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 202. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.71.

[393] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 192.

[394] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 193 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268.

[395] Véanse el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.295; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 234 y 284.

[396] A nuestro juicio, puede haber circunstancias en que un análisis del efecto perjudicial basado en una comparación entre grupos inadecuados de productos impida a su vez al grupo especial realizar debidamente la segunda parte de su análisis de si una medida da un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2.

7.73. Esto no implica que las conclusiones del Grupo Especial de existencia de efecto perjudicial tuvieran que basarse en una constatación de que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación imponen costos y cargas adicionales a *cada* producto de atún mexicano, ni a *todo* el grupo de productos de atún mexicanos, en comparación con *cada* producto similar o con la *totalidad* de los grupos de productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países. En efecto, bien puede haber casos en que un examen del trato concedido a una parte de un grupo pertinente de productos similares sea suficiente para respaldar una constatación de que el reglamento técnico en cuestión tiene un efecto perjudicial en ese grupo de productos.[397] Observamos, sin embargo, que en otra parte de su informe, el Grupo Especial hizo referencia a la afirmación de México de que "la mayor parte" de los productos de atún mexicanos siguen estando excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*[398] ya que "prácticamente toda la flota que pesca atún con redes de cerco sigue pescando en el PTO mediante lances sobre delfines".[399] Esas afirmaciones indican que muy pocos productos de atún mexicanos, de ser el caso, son "admisibles" para la etiqueta *dolphin safe* y están por lo tanto sujetos a cualesquiera costos y cargas adicionales derivados de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación. El Grupo Especial no explicó por qué el análisis del trato que la medida sobre el atún modificada dispensa a esta categoría de productos de atún tenía fuerza explicativa con respecto a una constatación de que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación tienen un efecto perjudicial en el *grupo* de productos de atún mexicanos, ni por qué dicho análisis podría respaldar apropiadamente esa constatación.[400]

7.74. Por consiguiente, nos resulta difícil identificar sobre qué base consideró el Grupo Especial que era adecuado limitar su análisis a un subconjunto de los grupos de productos que son "similares" según se ha constatado en esta diferencia. Al centrarse exclusivamente en los costos y cargas impuestos por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación únicamente a los productos de atún mexicanos "admisibles", el Grupo Especial sesgó artificialmente la comparación apropiada a fin de determinar el efecto perjudicial, en lugar de basar su análisis en una comparación plena de los grupos pertinentes de productos similares a la luz de los hechos y circunstancias específicos de esta diferencia.

7.75. Sobre la base de las consideraciones precedentes, concluimos que el Grupo Especial empleó un enfoque analítico incorrecto para evaluar si la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense. En primer lugar, al llevar a cabo un análisis segmentado de cada uno de los tres conjuntos de prescripciones previstas en la medida sobre el atún modificada, el Grupo Especial no reconoció ni tuvo en cuenta los vínculos entre la exclusión de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines, por una parte, y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, por otra, y no realizó una evaluación holística de la forma en que esas diversas condiciones de etiquetado tienen un efecto perjudicial en las condiciones de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense, en comparación con los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y de otros países. Debido a que adoptó ese

[397] Por ejemplo, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación concluyó que el hecho de que "la mayor parte" de los productos de atún mexicanos estuvieran excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe* era suficiente para justificar la constatación de que la medida sobre el atún inicial tenía un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 234 y 235.) Para llegar a esa conclusión, el Órgano de Apelación no consideró necesario evaluar el trato dado por la medida inicial a *cada* producto de atún mexicano en comparación con *cada* producto similar de los Estados Unidos o de otro origen.

[398] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 117).

[399] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.444 (donde se cita la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 227). Por su parte, los Estados Unidos no discuten la referencia que hizo el Grupo Especial al argumento de México, y subrayan que, en los últimos años, México no ha exportado a los Estados Unidos más que productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines. (Véase la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 176 y 329 (donde se hace referencia a la respuesta de México a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafos 146 y 155).) Observamos que el Grupo Especial inicial constató que, en 2009, los productos de atún mexicanos representaron solamente el 1% del mercado estadounidense de productos de atún importados y un porcentaje aún menor del mercado total de los Estados Unidos. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.355.)

[400] Recordamos que, como ha advertido el Órgano de Apelación, un grupo especial no debe "atribuir un peso indebido al efecto de un reglamento técnico en cualquier situación hipotética". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.16. (no se reproducen las cursivas))

enfoque segmentado, el Grupo Especial no evaluó significativamente en qué medida podría verse alterado el efecto perjudicial cuya existencia se constató en el procedimiento inicial por los cambios introducidos en la medida sobre el atún modificada. En segundo lugar, al analizar el efecto perjudicial de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial comparó el trato otorgado a subconjuntos de los grupos pertinentes de productos similares, en lugar de comparar el trato dado al *grupo* de productos de atún mexicanos con el otorgado a los *grupos* de productos similares de los Estados Unidos u otro origen, sin identificar una base adecuada para hacerlo.

7.76. Por las razones antes expuestas, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de si la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Habiendo constatado ese error en el análisis del Grupo Especial, no consideramos necesario pronunciarnos sobre las alegaciones formuladas por los Estados Unidos en apelación según las cuales: i) el Grupo Especial formuló indebidamente la argumentación por México al basar sus constataciones de existencia de efecto perjudicial con respecto a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en los costos y cargas diferentes impuestos por esas prescripciones a los proveedores de productos de atún que operan dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO[401]; ii) el Grupo Especial incurrió en error al constatar que existía una diferencia en los costos y cargas derivados de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, y al no explicar de qué modo tal diferencia modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos[402]; y iii) el Grupo Especial no estableció debidamente la existencia de una relación auténtica entre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación y cualquier efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de México en el mercado estadounidense.[403]

7.2.3 Trato menos favorable - Se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

7.77. Los Estados Unidos impugnan la articulación que hizo el Grupo Especial de la prueba jurídica prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para determinar si el efecto perjudicial en los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Asimismo, los Estados Unidos y México articulan, cada uno de ellos, determinadas alegaciones de error en el marco de la segunda parte del análisis del trato menos favorable en relación con la aplicación por el Grupo Especial del derecho a los hechos en su análisis de los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidos en la medida sobre el atún modificada. Antes de abordar las alegaciones de los participantes relativas a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 2, analizaremos la impugnación por los Estados Unidos de la articulación que hizo el Grupo Especial del criterio del "trato no menos favorable" previsto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.3.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del párrafo 1 del artículo 2 y su entendimiento del criterio jurídico para determinar si el efecto perjudicial en los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

7.78. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y articuló un criterio jurídico incorrecto para determinar si el efecto perjudicial en los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[404] En concreto, el Grupo Especial señaló erróneamente que la pregunta

[401] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 136-144 y 288-295.
[402] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 145-155 y 314-319.
[403] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 167-184 y 327-330.
[404] Los Estados Unidos presentan este argumento al impugnar tres aspectos del análisis del Grupo Especial: i) la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación no se derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima; ii) la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones relativas a las determinaciones no se derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima; y iii) la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no se derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Puesto que las tres impugnaciones se basan en la misma afirmación formulada por los Estados Unidos, las analizaremos

que se plantea en la segunda parte del análisis del trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 es "si el 'trato perjudicial identificado se explica por los objetivos que trata de alcanzar la medida en litigio o, por lo menos, puede conciliarse con esos objetivos'".[405] Los Estados Unidos explican que "[e]l segundo paso del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 no es una prueba basada en el único factor de si existe una 'conexión racional' entre el efecto perjudicial y los objetivos de la medida, sino un análisis de si las distinciones reglamentarias que originan el efecto perjudicial 'están diseñadas y se aplican de manera imparcial'".[406] Para respaldar su posición, los Estados Unidos remiten a la explicación del Órgano de Apelación según la cual "la pregunta para determinar si 'el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas' es si las distinciones a las que es atribuible el efecto perjudicial 'están diseñadas y se aplican de manera imparcial y pueden, por lo tanto, considerarse 'legítimas' a efectos del párrafo 1 del artículo 2'".[407] Los Estados Unidos aducen, además, que, en el contexto de la presente diferencia, el Órgano de Apelación ha dejado claro que la pregunta debe responderse mediante una evaluación de si la prescripción "es imparcial en cuanto a la forma en que aborda los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos".[408] Los Estados Unidos admiten que los objetivos de la medida, y una indagación sobre si el efecto perjudicial puede conciliarse con esos objetivos, no carecen forzosamente de pertinencia para el análisis. En opinión de los Estados Unidos, no obstante, en la presente diferencia, estas consideraciones son pertinentes como parte del análisis de si la distinción reglamentaria se "adapta" a los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[409] La indagación sobre la "imparcialidad" es la correcta para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y, en opinión de los Estados Unidos, una indagación sobre la "adaptación" no es una prueba separada de la "imparcialidad". Al contrario, el procedimiento inicial muestra que el Órgano de Apelación utilizó el instrumento analítico de la "adaptación" en su *aplicación* del criterio de "imparcialidad". Los Estados Unidos añaden que el análisis realizado por el Grupo Especial sobre las prescripciones en materia de certificación, sin embargo, parece indicar que el Grupo Especial consideró erróneamente que el criterio jurídico previsto en el párrafo 1 del artículo 2 prohíbe una evaluación de riesgos diferentes.

7.79. México sostiene que "la pregunta de si la distinción reglamentaria que origina el efecto perjudicial está diseñada y se aplica de forma imparcial" y "la pregunta de si el efecto perjudicial causado por la distinción reglamentaria puede explicarse por los objetivos de la medida en litigio o puede conciliarse con esos objetivos no" se "excluyen mutuamente".[410] Más bien, la última pregunta es un factor que puede ser pertinente para resolver la primera pregunta. En concreto, México afirma que la prueba jurídica prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se centra en si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, esto es, si la distinción reglamentaria pertinente es "imparcial". Esto no significa que todos los productos similares deban tratarse siempre de la misma manera, sino que debe haber una base racional, objetiva y no discriminatoria para establecer distinciones entre los productos.[411] Así pues, añade México, la prueba para determinar si la aplicación de una medida da lugar a una discriminación arbitraria o injustificada debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia.[412]

---

conjuntamente. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 25, 36, 192, 257, 264 y 334.)

[405] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 192 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.196).

[406] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 36 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá/México)*, párrafo 5.92; y se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271).

[407] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 192 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá/México)*, párrafo 5.92).

[408] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 192 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 232).

[409] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 193 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297).

[410] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 125.

[411] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 61.

[412] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 62 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 226).

7.80. En opinión de México, la jurisprudencia elaborada por el Órgano de Apelación respecto de la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994 no incluye una prueba de "adaptación".[413] Más bien, señala México, el término "adaptación" fue introducido por los Estados Unidos en el procedimiento inicial cuando adujeron que la medida sobre el atún inicial se "adapta" en función del riesgo de que, al capturar atún, se dé muerte o se hiera gravemente a delfines.[414] México aduce, asimismo, que el concepto de "adaptación" no es equivalente a los conceptos de "imparcialidad" o de "arbitrario o injustificado". En respuesta a las preguntas formuladas en la audiencia, México añadió que incluso si la "adaptación" puede ser una manera de evaluar si una distinción reglamentaria entraña una discriminación arbitraria o injustificada, dicho examen no es adecuado en la presente diferencia, en concreto, habida cuenta de que la medida sobre el atún modificada no incluye ni refleja ningún concepto de "adaptación". México añadió que, en cualquier caso, una evaluación de si la medida en litigio se "adapta" debe hacerse a la luz del diseño y la arquitectura de la medida, así como de las circunstancias que rodean a esta.

7.81. A fin de evaluar la alegación planteada por los Estados Unidos en apelación, identificaremos primero el criterio articulado por el Grupo Especial para evaluar el "trato no menos favorable" que prevé el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A continuación, pasaremos a analizar la cuestión principal que plantea la alegación de los Estados Unidos, a saber, si el criterio articulado por el Grupo Especial relativo a la segunda parte de la prescripción del "trato no menos favorable" que prevé el párrafo 1 del artículo 2 refleja el criterio jurídico adecuado establecido en dicha disposición y es compatible con este criterio, identificado por el Órgano de Apelación. El análisis que realizamos en esta subsección se limita a evaluar la interpretación y articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico. Abordaremos la cuestión de si el Grupo Especial *aplicó* incorrectamente el criterio jurídico en las subsecciones siguientes, donde se tratan las diversas alegaciones de error planteadas por los Estados Unidos y por México a este respecto.

7.82. Al identificar la segunda parte de la prescripción del "trato no menos favorable" prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial recordó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Órgano de Apelación, los grupos especiales deben analizar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.[415] El Grupo Especial declaró lo siguiente:

> ... el Órgano de Apelación ha explicado que un análisis de si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (o de si un reglamento técnico que tiene un efecto perjudicial es imparcial) debe tener en cuenta si el reglamento técnico en cuestión "se apli[ca] en una forma tal que constituy[e] un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional".[416]

7.83. El Grupo Especial destacó la semejanza entre este texto y el de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y planteó la pregunta de si esto significaba que los grupos especiales debían basarse en la jurisprudencia elaborada en el marco de la parte introductoria al interpretar y aplicar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y señaló que esta cuestión era "objeto de un gran debate de las partes".[417] El Grupo Especial mostró, primero, su desacuerdo con los Estados Unidos en que las disposiciones que figuran en el párrafo 1 del artículo 2 y en la parte introductoria del artículo XX "s[ean] totalmente diferentes".[418] En opinión del Grupo Especial, el Órgano de Apelación "ha encomendado sistemáticamente a los grupos especiales que determinen si está presente una 'discriminación arbitraria o injustificada' como una indicación de que un reglamento técnico da un trato menos favorable a los productos importados, infringiendo así el

[413] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 60.

[414] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 59 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 282).

[415] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.73 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215).

[416] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.79 (donde se cita el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC y se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 94).

[417] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.80.

[418] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.83 y 7.87 (donde se cita la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 84).

párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[419] El Grupo Especial consideró que el Órgano de Apelación, por tanto, "tenía claramente la intención de que los grupos especiales aplicaran la prescripción sobre el 'trato menos favorable' del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a la luz de la jurisprudencia elaborada en el contexto de la parte introductoria del artículo XX".[420] Asimismo, el Grupo Especial interpretó la resolución formulada por el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* en el sentido de que aunque las pruebas previstas en el párrafo 1 del artículo 2 y la parte introductoria del artículo XX no son idénticas y no deben confundirse, hay, no obstante, importantes semejanzas y superposiciones entre ellas, y la jurisprudencia del Órgano de Apelación elaborada en el contexto de una de ellas puede utilizarse para interpretar conceptos similares en la otra.[421]

7.84. El Grupo Especial procedió a formular otros dos argumentos interpretativos. En primer lugar, el Grupo Especial declaró que, al examinar si el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico refleja "discriminación arbitraria", podía examinar, entre otras cosas, si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio. De este modo, el Grupo Especial adoptó una prueba de "discriminación arbitraria o injustificada" que el Órgano de Apelación ha utilizado anteriormente -por ejemplo, en *CE - Productos derivados de las focas*- para evaluar la conformidad de una medida con las prescripciones previstas en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. En opinión del Grupo Especial, aunque el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 puede conllevar el examen de algo más que la existencia o no de una "discriminación arbitraria", el empleo de dicho análisis para determinar si un reglamento técnico entraña discriminación arbitraria "puede ayudar al Grupo Especial a determinar si el efecto perjudicial objeto de la reclamación ... deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[422] En segundo lugar, el Grupo Especial indicó que entendía que el concepto de "imparcialidad" no es un criterio separado previsto en el párrafo 1 del artículo 2, sino más bien "un instrumento analítico, un tipo de medida o prueba retórica que despliega un concepto fluido y equitativo en términos generales como sustituto o calibre para ayudar a los grupos especiales a determinar si el trato perjudicial identificado deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[423] Según el Grupo Especial, determinar si una medida es imparcial puede ayudar a determinar si el trato perjudicial identificado se explica plenamente como consecuencia de una distinción reglamentaria legítima -en cuyo caso, puede decirse que se deriva *exclusivamente* de esa distinción- o si el trato perjudicial, a pesar de estar quizá conectado con una distinción reglamentaria legítima o basado en términos generales en ella, no es, sin embargo, plena o exactamente explicado por la distinción reglamentaria que el Miembro demandado intenta introducir -en cuyo caso *no* se puede concluir que el trato perjudicial se deriva *exclusivamente* de la distinción introducida-.[424] Asimismo, el Grupo Especial declaró que, a su juicio, el concepto de "imparcialidad" dirigía su atención hacia la "adecuación" o "equidad" de un reglamento técnico, y que lo consideraba un concepto más amplio que el concepto de "discriminación arbitraria".[425]

7.85. En definitiva el Grupo Especial declaró que, al determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, podría considerar si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con los objetivos que trata de alcanzar la medida en litigio.[426] No obstante, el Grupo Especial *no* indicó, como señalan los Estados Unidos, que se trata de una "prueba basada en un único factor" que deba utilizarse siempre y exclusivamente para evaluar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[427] Al contrario, el Grupo Especial declaró explícitamente que dicho análisis "puede

[419] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.87 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268).
[420] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.87.
[421] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.90. El Grupo Especial consideró que el enfoque del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* "es muy semejante al tipo de análisis realizado en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y confirma que hay importantes semejanzas entre el análisis realizado en el marco del artículo XX y el realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC". (*Ibid*., párrafo 7.92 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 225).)
[422] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91.
[423] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.93.
[424] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.94.
[425] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.95 y 7.96.
[426] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91.
[427] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 36.

ayudar" a determinar si la distinción pertinente entraña una "discriminación arbitraria".[428] El Grupo Especial matizó aún más la función de esta indagación señalando que el análisis de si una medida entraña "discriminación arbitraria" es *una manera* de probar que una medida no es imparcial, pero que la determinación de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima "puede implicar el examen de algo más que solo la existencia (o la inexistencia) de 'discriminación arbitrari[a]'".[429]

7.86. Una vez explicadas las constataciones pertinentes del Grupo Especial, pasamos a evaluar si, como alegan los Estados Unidos, estas constituyen una articulación errónea de la prescripción del "trato no menos favorable" prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En nuestra opinión, al impugnar la constatación del Grupo Especial de que la prueba pertinente en el marco de la segunda parte de un análisis sobre un "trato menos favorable" puede implicar una evaluación de si el efecto perjudicial puede conciliarse o tener una relación racional con los objetivos que trata de alcanzar la medida, los Estados Unidos impugnan también la declaración del Grupo Especial según la cual el Órgano de Apelación "tenía claramente la intención" de que los grupos especiales aplicaran la prescripción del "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 a la luz de la jurisprudencia elaborada en el contexto de la parte introductoria del artículo XX.[430]

7.87. Empezamos por observar que, tras plantear la pregunta de cómo deben realizar los grupos especiales la segunda parte del análisis sobre el "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC[431], el Grupo Especial pasó, justo en el siguiente párrafo de su informe, a plantear la pregunta de si podía basarse en la jurisprudencia elaborada en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.[432] En cambio, al tratar de determinar el análisis exigido en el marco del párrafo 1 del artículo 2, el Órgano de Apelación ha tenido en cuenta primero el contexto más inmediato de dicha disposición.[433] Como se ha explicado *supra*, el Órgano de Apelación ha recalcado que el contexto específico que proporcionan otras disposiciones del Acuerdo OTC -principalmente, el párrafo 1 del Anexo 1, el párrafo 2 del artículo 2 y los considerandos segundo, quinto y sexto del preámbulo- sirve para interpretar la expresión "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Este contexto específico "apoya la interpretación de que el efecto del párrafo 1 del artículo 2 no es prohibir *a priori* cualquier restricción del comercio internacional".[434] En concreto, el sexto considerando arroja luz sobre el sentido y el alcance del requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2, al dejar claro que los reglamentos técnicos pueden perseguir objetivos legítimos, pero no deben aplicarse en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado.[435]

7.88. Al mismo tiempo, habida cuenta de que el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC sirve de contexto pertinente para interpretar el párrafo 1 del artículo 2, y el texto del considerando tiene mucho en común con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, la jurisprudencia elaborada en el marco de la parte introductoria del artículo XX no carece de pertinencia para interpretar el contenido de la segunda parte de la prescripción del "trato no menos favorable" prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. De hecho, las decisiones adoptadas anteriormente por el Órgano de Apelación relativas a una disposición de un acuerdo abarcado pueden arrojar luz sobre la interpretación adecuada del alcance y el sentido de otra

[428] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91.
[429] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91. Véase también el párrafo 7.96.
[430] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.87.
[431] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.79.
[432] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.80.
[433] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268; y *CE -Productos derivados de las focas*, párrafo 5.124.
[434] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 172; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 212.
[435] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213. El sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC reconoce que un Miembro de la OMC puede adoptar las medidas necesarias, entre otras cosas, para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la preservación del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que "no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" o una "restricción encubierta del comercio internacional" y de que "en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo".

disposición establecida en otro acuerdo, cuando se utilice el mismo texto o un texto similar en ambas disposiciones[436], siempre que se tenga debidamente en cuenta el contexto más inmediato, y la función de cada disposición.

7.89. Recordamos que, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación indicó que "hay importantes paralelismos entre los análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cláusula introductoria del artículo XX".[437] Entre ellos, se destaca el hecho de que los conceptos de "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" y "restricción encubierta al comercio" figuran tanto en la parte introductoria del artículo XX como en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC. No obstante, "hay importantes diferencias entre los análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994"[438] y los criterios jurídicos aplicables en virtud de las dos disposiciones son distintos.[439] El párrafo 1 del artículo 2 impone a los Miembros obligaciones positivas con respecto a sus reglamentos técnicos. En cambio, el artículo XX establece excepciones respecto de las obligaciones previstas en el GATT de 1994, y la función de su parte introductoria "es mantener un equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar las excepciones previstas en los apartados del artículo XX y los derechos sustantivos que corresponden a los demás Miembros en virtud de las distintas disposiciones del GATT de 1994".[440]

7.90. Podemos observar que el Grupo Especial reconoció tanto las similitudes como las diferencias mencionadas. Señaló, por ejemplo, la declaración del Órgano de Apelación de que existen "importantes paralelismos" entre la parte introductoria del artículo XX y la prescripción de "trato no menos favorable" prevista en el párrafo 1 del artículo 2. Además, el Grupo Especial reconoció expresamente que, "aunque las pruebas establecidas en la parte introductoria del artículo XX y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se superponen, no son idénticas".[441] A juicio del Grupo Especial, "[m]ientras en el párrafo 1 del artículo 2 se pregunta si el trato perjudicial deriva de una distinción reglamentaria legítima y mientras la existencia de 'discriminación arbitrari[a] o injustificad[a]' es *una* de las maneras en que puede demostrarse la incompatibilidad con ese aspecto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la parte introductoria del artículo XX se centra *únicamente* en si una medida se aplica en forma arbitraria o injustificablemente discriminatoria (o es una restricción encubierta al comercio internacional)".[442]

7.91. Estas consideraciones nos indican que si bien el Grupo Especial pasó rápidamente a la cláusula introductoria del artículo XX y a determinada jurisprudencia relacionada con esa disposición para buscar orientación en cuanto al criterio jurídico correspondiente a la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial no se equivocó al buscar esa orientación. Decisiones anteriores adoptadas en el marco del artículo XX del GATT de 1994, particularmente las relativas al concepto de "discriminación arbitraria o injustificable", pueden proporcionar una indicación útil de cómo debería interpretarse el mismo concepto en el contexto de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

---

[436] Por ejemplo, el Órgano de Apelación ha puesto de relieve que, a la vista de las semejanzas existentes entre los textos del artículo XIV del AGCS y del artículo XX del GATT de 1994, las decisiones anteriores adoptadas en el marco de cada disposición pueden ser pertinentes para interpretar el alcance y el sentido de la otra. (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 291; y *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, nota 452 al párrafo 239.)

[437] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas,* párrafo 5.310.

[438] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.311.

[439] El Órgano de Apelación explicó que:

> [e]n virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un grupo especial tiene que examinar si el efecto perjudicial que una medida tiene sobre los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja *la discriminación* del grupo de productos importados. En cambio, en virtud de la cláusula introductoria del artículo XX, lo que hay que determinar es si una medida se aplica en forma que constituya *un medio de discriminación arbitrario o injustificable* entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.

(Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.311. (las cursivas figuran en el original))

[440] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.312 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 156).

[441] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.89.

[442] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.89 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.311). (las cursivas figuran en el original)

7.92. En lo que respecta a la orientación concreta que el Grupo Especial dedujo de la jurisprudencia en el marco de la parte introductoria del artículo XX, recordamos que, en el contexto de su análisis del artículo XX, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación declaró que "[u]no de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX".[443] Este fue el criterio adoptado por el Grupo Especial a efectos de la segunda parte de su análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que los Estados Unidos actualmente objetan. En el contexto de la parte introductoria del artículo XX, el Órgano de Apelación ha explicado que la razón por la cual la evaluación de si la discriminación es arbitraria o injustificable debe hacerse a la luz del objetivo de la medida es que es difícil entender "cómo se podría considerar que la discriminación se ajusta al preámbulo del artículo XX cuando los fundamentos alegados para ella no guardan relación con el objetivo, o irían en contra, aunque sea en pequeño grado, del objetivo que se consideró provisionalmente que justificaría una medida con arreglo a un apartado del artículo XX".[444] A nuestro juicio, las mismas consideraciones son válidas en el contexto de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por las razones expuestas *supra* y, en particular, la referencia que figura en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC a la "discriminación arbitraria e injustificada", la adopción por el Grupo Especial de este criterio como parte de su análisis del "trato no menos favorable" no nos parece problemática en sí misma.

7.93. Naturalmente, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación también observó que, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate, podría haber factores adicionales -más allá de la cuestión de si la discriminación puede conciliarse con el objetivo de política- que también fueran pertinentes para el análisis de si la discriminación es arbitraria o injustificable.[445] De manera similar, el Grupo Especial declaró expresamente que, al examinar si el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico refleja una discriminación arbitraria, podía "examinar, *entre otras cosas*, si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio".[446] En consecuencia, el Grupo Especial reconoció correcta y expresamente que es posible que simplemente indagar la cuestión de si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada puede conciliarse con los objetivos de esa medida no sea, por sí solo, suficiente para determinar si la medida sobre el atún modificada discrimina contra los productos de atún mexicanos de manera arbitraria o injustificable. Dicho de otro modo, y como ya se ha explicado, el Grupo Especial no caracterizó esta prueba jurídica como una "prueba basada en un único factor"[447], o como único medio de evaluar si la discriminación es arbitraria o injustificable.

7.94. A este respecto, recordamos además que *una* de las formas de determinar si el efecto perjudicial causado por un reglamente técnico es imparcial y, por lo tanto, se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima es examinar si la distinción reglamentaria se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado.[448] Por lo tanto, como se expuso *supra*, una medida que implica una discriminación arbitraria o injustificable no se diseñaría ni se aplicaría de manera imparcial. Al mismo tiempo, un examen de si una medida se diseña o aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable no es el *único* medio de evaluar si una medida carece de imparcialidad. Análogamente, el Grupo Especial reconoció explícitamente que un examen de la discriminación arbitraria o injustificable no es el único medio de determinar si una medida carece de imparcialidad.[449]

7.95. Como demuestran las consideraciones mencionadas *supra*, un grupo especial no incurre en error al evaluar si el efecto perjudicial puede conciliarse, o tiene una relación racional con la

[443] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 227, 228 y 232).

[444] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.

[445] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.321.

[446] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91. (sin cursivas en el original)

[447] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 36, 54, 416 y 432.

[448] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

[449] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.91 y 7.96.

política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio, siempre y cuando al hacerlo no impida tomar en consideración otros factores que puedan ser también pertinentes para el análisis. En el presente asunto, no consideramos que la *articulación* del criterio jurídico por el Grupo Especial haya impedido tomarlos en consideración.

7.96. Además, como se indicó *supra*, al determinar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe estudiar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial por lo que respecta al "diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación" teniendo en cuenta las "circunstancias concretas del caso".[450] Observamos que el Grupo Especial indicó correctamente que el concepto de "imparcialidad" no es un criterio separado en la evaluación de la segunda parte de la prescripción de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2; antes bien, la "imparcialidad" es el concepto fundamental para determinar si el trato perjudicial identificado se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[451] En una situación en que el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, debe concluirse que dicho reglamente técnico no concede un trato menos favorable a los productos importados y que, por lo tanto, es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.97. Con respecto a la relación entre los conceptos de "imparcialidad" y "discriminación arbitraria o injustificable", el Grupo Especial declaró que si bien puede haber superposición entre el concepto de "imparcialidad" y el de "discriminación arbitraria", ambas expresiones son "conceptualmente distint[as]". A juicio del Grupo Especial, mientras demostrar la discriminación arbitraria es una manera de probar que la medida no es imparcial, el concepto de "imparcialidad", y la gama de hechos y circunstancias que pueden conducir a un grupo especial a constatar que una medida no es imparcial, son más amplios que los que podrían dar lugar a una constatación de discriminación arbitraria.[452] A este respecto, no puede afirmarse que una distinción reglamentaria se haya diseñado y aplicado de manera imparcial si "se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado".[453] Si bien un examen de si un reglamento técnico constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable y, por lo tanto, no es imparcial, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las "circunstancias concretas del caso"[454], es probable que esta evaluación implique tomar en consideración el vínculo entre las distinciones reglamentarias establecidas en la medida y los objetivos de política de la medida, incluso mediante el examen de si las prescripciones impuestas por la medida son desproporcionadas teniendo en cuenta los objetivos perseguidos.[455]

7.98. A estas alturas consideramos importante recordar que, en el procedimiento inicial, los Estados Unidos trataron de explicar que su medida era imparcial y que, de hecho, el efecto perjudicial se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, mediante la introducción del concepto de "adaptación". En particular, los Estados Unidos sostuvieron que esta medida era imparcial porque las distinciones que establecía entre los distintos métodos de pesca de atún y las distintas zonas de los océanos podían explicarse o justificarse por diferencias en los riesgos relacionados con tales métodos y zonas de pesca de los océanos. Esto, a su vez, dio lugar a que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación examinara la legitimidad de las distinciones reglamentarias de la medida inicial a través del prisma del concepto de "adaptación" en que se basaron los Estados Unidos. Hacemos hincapié en que la utilización por el Órgano de Apelación de los términos "imparcial" y "se adapta" no constituían criterios jurídicos distintos, ya que toda la indagación del Órgano de Apelación se centraba en si los Estados Unidos habían demostrado debidamente su argumento de que la medida sobre el atún inicial era imparcial y, en consecuencia, no era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2, porque se "adapta[ba]" a los

[450] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.
[451] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.93 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215.
[452] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.96.
[453] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.
[454] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.
[455] Por ejemplo, recordamos que en el asunto *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación constató que las prescripciones en materia de información que imponía la medida sobre el EPO a los productores que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo eran "desproporcionadas" en comparación con el nivel de información que se comunicaba a los consumidores mediante las etiquetas obligatorias para la venta al por menor. (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 347.)

riesgos que se derivan para los delfines de los distintos métodos de pesca en las distintas zonas de los océanos.

7.99. Sobre la base del análisis anterior, constatamos que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error al reconocer la pertinencia del concepto de "discriminación arbitraria o injustificable" previsto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, ni al identificar que un examen de la cuestión de si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con los objetivos de la medida puede resultar "útil" a los efectos de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.100. Al mismo tiempo, también deseamos expresar dudas sobre determinados aspectos de la articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico correspondiente a la prescripción de "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Como se ha señalado, consideramos algo inusual que, tras identificar la cuestión interpretativa pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial pasara en primer lugar a determinar si podía basarse en la jurisprudencia desarrollada en el marco del artículo XX del GATT de 1994, y no pasara a evaluar la jurisprudencia sobre el propio párrafo 1 del artículo 2, incluida la pertinencia del sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC y la función del criterio de "imparcialidad".[456] En efecto, el examen del criterio de imparcialidad efectuado por el Grupo Especial es breve y figura al final de la subsección en que expone su interpretación de la prueba jurídica de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[457] Además, aunque breves, muchas de las afirmaciones del Grupo Especial sobre su interpretación de la "imparcialidad" son de carácter bastante general.[458]

7.101. También resulta sorprendente que, en esta parte de su razonamiento, el Grupo Especial hiciera escasas referencias al informe inicial del Órgano de Apelación en la presente diferencia[459], y no reconociera ni examinara el concepto de "adaptación" propugnado por los Estados Unidos y utilizado por el Órgano de Apelación como medio de someter a prueba la imparcialidad de la medida sobre el atún inicial.[460] Al tener en cuenta los argumentos de los Estados Unidos en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación utilizó el concepto de "adaptación" para evaluar el cumplimiento del párrafo 1 del artículo 2. En el presente procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos han defendido el régimen de etiquetado *dolphin safe* frente a la alegación planteada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en términos similares a los utilizados en el procedimiento inicial. Teniendo en cuenta estas consideraciones, como se explica en más detalle a continuación, en el presente procedimiento en el marco del párrafo 5 del artículo 21 tiene especial pertinencia realizar una evaluación de si, en el marco de la medida sobre el atún modificada, las diferencias en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado por grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado en otras pesquerías, por el otro, se "adaptan" a las diferencias en la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca por diferentes buques, utilizando distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.

7.102. Tras haber examinado la impugnación por los Estados Unidos de la *articulación* realizada por el Grupo Especial del criterio jurídico para la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, a continuación examinamos la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su *aplicación* de esta disposición.

---

[456] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.79 y 7.80.

[457] Informe del Grupo Especial, sección 7.5.1.

[458] Por ejemplo, el Grupo Especial declaró que el término "'imparcialidad' dirige [la] atención hacia lo que quizá podría denominarse mejor la 'equidad' de un reglamento técnico. ... Palabras como 'equitativo' y 'justo' son manifiestamente difíciles de definir sin un contexto; en consecuencia, los criterios o indicios específicos mediante los cuales debe evaluarse la equidad de un reglamento técnico no pueden enumerarse de manera exhaustiva en abstracto". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.96.)

[459] Observamos, en particular, que en la sección que se refiere a la prueba jurídica del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial solo hizo algunas referencias al informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en las notas a los párrafos 7.73 y 7.79 de su informe.

[460] No obstante, el Grupo Especial no expresó la opinión de que, "incluso si una medida estuviera *basada en* una distinción reglamentaria legítima, no derivaría, sin embargo, *exclusivamente* de esa distinción si el efecto perjudicial fuera desproporcionado". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.95. (las cursivas figuran en el original))

En particular, examinamos si el Grupo Especial, tras haber reconocido correctamente que la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" no se centra *únicamente* en la existencia de "discriminación arbitraria o injustificable" y que la "imparcialidad" puede exigir un examen de otros elementos, tuvo en cuenta todos los elementos pertinentes en las circunstancias concretas de este caso al evaluar si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.2.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

7.2.3.2.1 Observaciones preliminares

7.103. Empezamos formulando algunas observaciones preliminares acerca del enfoque analítico adoptado por el Grupo Especial en su evaluación de si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Nuestras observaciones conciernen a varias de las cuestiones que ya se han examinado en el presente informe. Consideramos, concretamente: el enfoque analítico segmentado adoptado por el Grupo Especial; la prueba que empleó para evaluar la "imparcialidad"; y la medida en que el enfoque analítico que adoptó se basó en las constataciones formuladas en el procedimiento inicial que fueron adoptadas por el OSD y pasaron a formar parte de las recomendaciones y resoluciones de este, y tomó "debido conocimiento" de ellas.

7.104. Como se ha explicado ya, el Grupo Especial adoptó un enfoque segmentado y evaluó la medida sobre el atún modificada "distinción por distinción".[461] Con arreglo a este enfoque, el Grupo Especial examinó por separado la compatibilidad de los tres conjuntos siguientes de condiciones de etiquetado con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC: i) los criterios de admisibilidad; ii) las prescripciones en materia de certificación; y iii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Con respecto a los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial no realizó él mismo el análisis en dos partes necesario para evaluar el trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2. En lugar de ello, el Grupo Especial se basó en las constataciones del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, que a su entender habían llegado a una "soluci[ón]" según la cual excluir todos los productos de atún derivados del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe* y admitir los productos derivados de atún capturado por otros métodos de pesca es "imparcial[] y, por consiguiente, no [...] incompatible[] con el párrafo 1 del artículo 2".[462] Esto significaba, según el Grupo Especial, que tenía que examinar "sólo el régimen reglamentario que actualmente se aplica a *esos* otros métodos de pesca que se admiten para capturar atún *dolphin safe*".[463] A continuación, el Grupo Especial procedió a realizar, para cada uno de los conjuntos de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, su propio análisis del trato menos favorable. En la segunda parte de esos análisis, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de certificación[464] y de seguimiento y verificación[465] no son imparciales y, por ende, no se puede decir que deriven exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En consecuencia, el Grupo Especial constató que cada uno de esos dos conjuntos de prescripciones es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.[466]

[461] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.108.
[462] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126. Véanse también los párrafos 7.127 y 8.2.a.
[463] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.128. (las cursivas figuran en el original) El Grupo Especial también consideró si México había presentado nuevas pruebas en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 que debilitaran la constatación formulada en el procedimiento inicial de que, en opinión del Grupo Especial, sirvió de base para la determinación del Órgano de Apelación de que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC permite a los Estados Unidos excluir el atún capturado mediante lances sobre delfines de tener en algún momento acceso a la etiqueta *dolphin safe*; a saber, que ningún método de pesca distinto de los lances sobre delfines tiene en los delfines efectos tan uniformemente dañinos como los causados por los lances sobre delfines. (*Ibid*., párrafo 7.130 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289).) El Grupo Especial constató "que México no ha[bía] proporcionado pruebas suficientes para demostrar que los lances sobre delfines no causan daños observados y no observados a delfines o que otros métodos de pesca de atún causan de ordinario daños similares". (*Ibid*., párrafo 7.135.)
[464] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.233 y 7.246.
[465] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.400 y 7.402.
[466] Informe del Grupo Especial, párrafos 8.2.b y 8.2.c.

7.105. Ya hemos expresado la opinión de que, al igual que la medida sobre el atún inicial, la medida sobre el atún modificada ha establecido un régimen de etiquetado compuesto por varios elementos que actúan conjuntamente para tratar de alcanzar los objetivos perseguidos por la medida. También hemos señalado que, al examinar su competencia en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el propio Grupo Especial subrayó las interconexiones existentes entre los elementos de la medida sobre el atún modificada, y dijo que indicaría y analizaría esas conexiones cuando fuera pertinente. A continuación analizaremos si el análisis segmentado que hizo el Grupo Especial de la imparcialidad de cada uno de los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación refleja y tiene en cuenta la manera en que se interrelacionan los diversos elementos de la medida sobre el atún modificada.

7.106. Recordamos también que, en la subsección anterior del presente informe, hemos constatado que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error al reconocer la pertinencia del concepto de "discriminación arbitraria o injustificable" de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, ni al identificar un examen de si el trato perjudicial puede conciliarse, o tiene una relación racional, con los objetivos de la medida como un análisis "útil" a los efectos de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial no utilizó esa indagación con respecto a los criterios de admisibilidad, sino que se basó principalmente en su interpretación del análisis de la imparcialidad de la medida sobre el atún inicial realizado por el Órgano de Apelación. Sin embargo, el Grupo Especial sí utilizó esa indagación al analizar la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes. Al comienzo de su examen de las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial reiteró expresamente su opinión de que, "al examinar si el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial puede tener en cuenta hasta qué punto el trato perjudicial identificado se explica por los objetivos que trata de alcanzar la medida en litigio o, por lo menos, puede conciliarse con esos objetivos".[467] Finalmente México convenció al Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales porque "los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes, lo cual puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[468] Al analizar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, el Grupo Especial estaba convencido de que no existe una conexión racional o evidente entre la imposición, en virtud de la medida sobre el atún modificada, de una carga más ligera en el caso del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los objetivos de la medida sobre el atún modificada[469], y constató que ninguna de las explicaciones proporcionadas por los Estados Unidos indicaba lo contrario.[470] Este análisis sirvió de base para la constatación del Grupo Especial de que "el sistema [de seguimiento y verificación] actualmente vigente con arreglo a la medida sobre el

[467] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.196.

[468] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233. México señaló el objetivo de la medida sobre el atún modificada de "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines" y sostuvo que, como la certificación de la condición *dolphin safe* del atún otorgada por un capitán es menos fiable que la certificación de un observador, el sistema de autocertificación por el capitán previsto en la medida sobre el atún modificada respecto del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO "no tiene una conexión racional", es "totalmente incompatible" y es "irreconciliable" con ese objetivo. (*Ibid*., párrafo 7.181 (donde se cita la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 3, 194 y 195).)

[469] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.392. En esta parte de su análisis, el Grupo Especial no identificó específicamente a qué objetivo u objetivos de la medida sobre el atún modificada se estaba refiriendo. Sin embargo, la referencia que hizo, en el párrafo anterior (párrafo 7.391), a las preocupaciones de México acerca de la mayor probabilidad de que el atún capturado en todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se etiquetara incorrectamente como *dolphin safe* parece indicar que se estaba refiriendo al objetivo de "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines". (*Ibid*., párrafo 7.181 (donde se cita la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 3).)

[470] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.400.

atún modificada no es imparcial y, por lo tanto, no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[471]

7.107. En esos dos análisis, el Grupo Especial se refirió, en general, a las "meta[s]" u "objetivos" de la medida sobre el atún modificada. En otras partes de su informe[472], el Grupo Especial señaló que esos objetivos son dobles: garantizar que no se induzca a error a los consumidores estadounidenses acerca de la condición *dolphin safe* de sus productos de atún, y contribuir a la protección de los delfines. Sin embargo, observamos que, al evaluar si "un caso determinado de trato perjudicial puede conciliarse con los objetivos que trata de alcanzar [la] medida ... o explicarse por referencia a esos objetivos"[473], el razonamiento del Grupo Especial con respecto a cada uno de los conjuntos de prescripciones en materia de certificación y de prescripciones en materia de seguimiento y verificación se basa principalmente en el primero de esos objetivos. Además, ya hemos explicado que el Grupo Especial identificó esta prueba como "una consideración pertinente"[474] que podía, "ayudar"[475] a determinar si las distinciones establecidas implican una discriminación arbitraria, al tiempo que reconoció que una indagación de si una distinción constituye discriminación arbitraria o injustificable no es el único medio de determinar si una medida carece de imparcialidad de modo que no pueda decirse que el trato perjudicial se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[476] Ahora bien, no vemos que, en su análisis de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial tuviera en cuenta otras consideraciones, empleara pruebas adicionales, o analizara otras dimensiones (por ejemplo, la protección de los delfines de los daños observados y no observados) de la "imparcialidad" antes de llegar a su conclusión con respecto a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.

7.108. A este respecto, como ya hemos explicado, en el procedimiento inicial los Estados Unidos defendieron la medida sobre el atún inicial aduciendo que "se adapta[ba]", es decir, que las distinciones establecidas entre los diferentes métodos de pesca de atún y las distintas zonas de los océanos podían explicarse o justificarse por las diferencias en el riesgo asociado a esos métodos de pesca y esas zonas de los océanos.[477] Esto, a su vez, llevó al Órgano de Apelación a abordar la cuestión de si el efecto perjudicial de la medida inicial en los productos de atún mexicanos se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima sometiendo a prueba la "imparcialidad" de la medida sobre el atún inicial utilizando el concepto de "adaptación". En definitiva, el Órgano de Apelación comparó, por una parte, la existencia de riesgos para los delfines asociados al método de pesca de los lances sobre delfines en el PTO, que estaban plenamente abordados en las condiciones de etiquetado previstas en la medida sobre el atún inicial con, por otra parte, la existencia de riesgos de mortalidad o heridas graves de delfines en todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que no estaban abordados, dada la ausencia en la medida sobre el atún inicial de cualquier prescripción de certificar la condición *dolphin safe* desde el punto de vista de la mortalidad o las heridas graves de delfines capturados fuera del PTO por buques distintos de los de cerco.[478] Hecho esto, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que los Estados Unidos no habían demostrado que su medida se "'adapta[ra]' en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano", y de que por tanto no habían demostrado que la medida sobre el atún inicial fuera imparcial "en los aspectos pertinentes".[479]

7.109. Con respecto a la manera en que se aplicaron en el procedimiento inicial las normas de asignación de la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2, observamos que el Órgano de Apelación examinó en primer lugar si México había acreditado *prima facie* que la

[471] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.401.
[472] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.134 y 7.523. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 242, 302 y 325.
[473] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.390.
[474] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.390.
[475] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91.
[476] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.91 y 7.93.
[477] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 282-284.
[478] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 292, 296 y 297. El Órgano de Apelación se remitió también a las constataciones del Grupo Especial inicial de que, para los buques de cerco que faenan fuera del PTO, la única prescripción prevista en la medida sobre el atún inicial era la presentación de una certificación del capitán de que no se había efectuado "ningún lance sobre delfines" durante la expedición en cuestión.
[479] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

medida sobre el atún inicial modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos y constató que lo había hecho. A continuación procedió a analizar si ese efecto perjudicial reflejaba una discriminación o se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. El Órgano de Apelación declaró en su informe que, aunque la carga de demostrar que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 recaía sobre México como reclamante, correspondía a los Estados Unidos respaldar su afirmación de que sus disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* "se adapta[ba]n" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[480]

7.110. El Órgano de Apelación recordó las razones por las que el Grupo Especial inicial "no esta[ba] convencido[]" de que los Estados Unidos hubieran demostrado que las prescripciones de las disposiciones de ese país sobre el etiquetado *dolphin safe* se "adapt[ara]n", refiriéndose a pruebas clave presentadas por las partes y a argumentos clave fundamentados por estas.[481] El Órgano de Apelación observó que los Estados Unidos habían presentado "amplias pruebas y argumentos" y que el Grupo Especial inicial había hecho "constataciones no controvertidas, en el sentido de que el método de pesca mediante lances sobre los delfines causa efectos perjudiciales observados y no observados en los delfines".[482] También señaló que el Grupo Especial inicial parecía haber aceptado el argumento de los Estados Unidos de que "la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales".[483] Aunque el Grupo Especial inicial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que "determinadas técnicas de pesca parecen representar para los delfines un riesgo mayor que otras"[484], "no esta[ba] convencido[]" de que "como mínimo, algunas de las poblaciones de delfines afectadas por técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines no se enfrenten con riesgos equivalentes, por lo menos, a los que afrontan actualmente las poblaciones de delfines del PTO bajo la supervisión del APICD".[485] Refiriéndose a las pruebas y argumentos presentados por México, el Grupo Especial inicial constató que había "indicaciones claras de que la utilización de determinadas técnicas de pesca de atún *distintas* de los lances sobre delfines puede causar también efectos perjudiciales a estos animales"[486], y estuvo de acuerdo con México en que los riesgos derivados de otras técnicas de pesca no son insignificantes y de hecho, en algunas circunstancias, alcanzan el mismo nivel que el riesgo de los lances sobre delfines.

7.111. Sobre la base de esas consideraciones, el Órgano de Apelación concluyó que "los Estados Unidos no ha[bí]an demostrado que la diferencia en las condiciones de etiquetado ... 'se adopta[ba]' en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano", que "el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se deriva[ba] exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", y que la medida era "imparcial en los aspectos pertinentes".[487] Habida cuenta de todo lo anterior, el Órgano de Apelación llegó a conclusiones generales sobre lo que los participantes habían establecido, o no habían establecido, en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Estimó que México había "establecido una presunción *prima facie* de que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado '*dolphin safe*' modifica[ba]n las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos y no [eran] imparciales en cuanto a la forma en que aborda[ba]n los riesgos para los delfines derivados de

[480] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 283.
[481] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 285 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.559).
[482] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287.
[483] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.
[484] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.438).
[485] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.617).
[486] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 247 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.520, donde a su vez se hace referencia a Servicio Nacional de Pesca Marítima, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean*, informe administrativo LJ-96-20 (noviembre de 1996) (Prueba documental US-10 presentada al Grupo Especial inicial), página 38, y a Consejo Nacional de Investigaciones, *Dolphins and the Tuna Industry* (National Academy Press: Washington, D.C., 1992) (Prueba documental MEX-2 presentada al Grupo Especial inicial, páginas 37 y 98 (las cursivas figuran en el original)).
[487] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

distintas técnicas de pesca en distintas zonas del océano".[488] Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que los Estados Unidos no habían "satisfecho la carga de refutar esa presunción *prima facie*" porque no habían "justificado que no [fueran] discriminatorias con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 las distintas prescripciones ... para tener acceso a la etiqueta '*dolphin safe*' estadounidense".[489] En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que los Estados Unidos no habían "demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se deriv[ara] exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[490]

7.112. Reiteramos que este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 forma parte de un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad, de modo que debe tomarse debido conocimiento de las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial, sobre la base de las constataciones adoptadas del Órgano de Apelación y el Grupo Especial inicial.[491] En sus comunicaciones al Grupo Especial, tanto los Estados Unidos como México expusieron argumentos relativos a los riesgos para los delfines derivados respectivamente de los diferentes métodos de pesca dentro y fuera del PTO. México solicitó que se estableciera que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines tienen efectos perjudiciales importantes y que los delfines enfrentan riesgos de mortalidad o heridas graves derivados de la pesca de atún fuera del PTO que son iguales o mayores que los riesgos que representa la pesca en el PTO para los delfines.[492] Por su parte, los Estados Unidos sostuvieron que las modificaciones introducidas en la medida sobre el atún modificada mediante la norma definitiva de 2013 respondieron directamente a la falta de adaptación que el Órgano de Apelación consideró causante de la falta de imparcialidad de la medida sobre el atún inicial. Al formular sus argumentos, los Estados Unidos se basaron en las constataciones del procedimiento inicial, así como en pruebas adicionales, para demostrar que los lances sobre delfines en el PTO son "especialmente dañinos" para los delfines, y que los riesgos asociados a ese método de pesca de atún son mayores que los asociados a métodos de pesca que no están excluidos del acceso a la etiqueta *dolphin safe* con arreglo a la medida sobre el atún modificada.

7.113. Una vez hechas estas observaciones preliminares, y teniéndolas presentes, pasamos a examinar las tres partes distintas del análisis y las constataciones del Grupo Especial a la luz de las alegaciones específicas de error planteadas por los participantes en esta apelación.

7.2.3.2.2 Los criterios de admisibilidad

7.114. México aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de los criterios de admisibilidad al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, México sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, en la diferencia inicial, el Órgano de Apelación "solucionó" la cuestión de la imparcialidad en lo que respecta a la concesión de la admisibilidad para utilizar la etiqueta

[488] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.
[489] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.
[490] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.
[491] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 142; *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121; *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, párrafo 61; *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafos 68 y 77; y *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 102).
[492] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.111 y 7.112 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 248 y 263). México no formuló estos argumentos para demostrar que la medida sobre el atún modificada no está "adaptada", sino más bien para respaldar su argumento de que la admisión a la condición "*dolphin safe*" del atún capturado fuera del PTO mediante esos métodos de pesca de atún es incompatible con los objetivos de la medida sobre el atún modificada. De hecho, México cuestionó la pertinencia del concepto de "adaptación" para el análisis de la imparcialidad de la medida sobre el atún modificada. En opinión de México, dicho concepto es "incompatible con el objetivo principal de la medida en cuestión, que atañe a la exactitud de la información proporcionada a los consumidores". (Segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 173.) A juicio de México, "el atún es *dolphin safe* o no lo es: la admisibilidad para utilizar la etiqueta *dolphin safe* no se puede ver como una evaluación relativa". (*Ibid*.)

dolphin safe a los productos de atún que contienen atún capturado mediante métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines.[493]

7.115. Antes de abordar la alegación de error formulada por México en apelación, describiremos las principales constataciones del Grupo Especial concernientes a los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada.

7.2.3.2.2.1 Las constataciones del Grupo Especial

7.116. El Grupo Especial comenzó planteando la cuestión de qué fue exactamente lo que "solucionó definitivamente" en el procedimiento inicial sobre este asunto el Órgano de Apelación en lo que respecta a los criterios de admisibilidad.[494] Para el Grupo Especial, era "totalmente evidente que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación solucionó la cuestión de si los Estados Unidos pueden excluir del acceso a la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado mediante lances sobre delfines".[495] A juicio del Grupo Especial, "el Órgano de Apelación constató claramente que los lances sobre delfines causan daños observados y no observados a delfines".[496] El Grupo Especial explicó además que a su entender "lo que hace que los lances sobre delfines sean especialmente dañinos es el hecho de que causan determinados efectos no observados *más allá* de la mortalidad y las heridas 'como resultado de la propia caza'"[497], y subrayó que "[s]i el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que los Estados Unidos tienen derecho a tratar los lances sobre delfines y otros métodos de pesca de manera diferente [fue] precisamente porque esos daños no observados no pueden atenuarse mediante medidas encaminadas a evitar que se dé muerte y se hiera a delfines".[498] Sobre esta base, el Grupo Especial "reafirm[ó] la constatación del Órgano de Apelación de que los Estados Unidos tienen derecho, con el fin de alcanzar su nivel de protección deseado, a excluir el atún capturado por ese método de tener en algún momento acceso a la etiqueta *dolphin safe*".[499] El Grupo Especial añadió que la medida sobre el atún inicial se había considerado incompatible con la OMC "no porque excluía el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, sino porque la medida sobre el atún inicial *no era imparcial con respecto a otros métodos de pesca* que pueden causar también daños a delfines".[500]

7.117. Seguidamente, el Grupo Especial declaró que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación respondió a la cuestión de si la no exclusión por el régimen de etiquetado de los Estados Unidos de *otros* métodos de pesca de atún privaba necesariamente a la medida sobre el atún inicial de imparcialidad. En opinión del Grupo Especial, el Órgano de Apelación constató que la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines, junto con la admisión del atún capturado por otros métodos de pesca, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por ello, el Grupo Especial consideró que esta cuestión estaba "solucion[ada]" y procedió a "reafirma[r] la constatación del Órgano de Apelación de que, en la medida en que modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, los criterios de admisibilidad son imparciales y, por consiguiente, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[501]

---

[493] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 91 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.117-7.135).

[494] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.119.

[495] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.120.

[496] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.122.

[497] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.122 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.504). (las cursivas figuran en el original)

[498] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.122.

[499] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.123.

[500] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.123. (las cursivas figuran en el original)

[501] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126. El Grupo Especial tomó nota de que el Órgano de Apelación había constatado en último término que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. No obstante, según el Grupo Especial, el motivo de esa constatación no fue que los Estados Unidos excluían del acceso a la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado mediante lances sobre delfines sino, más bien, que el régimen reglamentario impuesto por los Estados Unidos a los métodos de pesca del atún *distintos* de los lances sobre delfines no se ocupaba suficientemente de los riesgos que representan esos métodos para los delfines. (*Ibid*., párrafo 7.127 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298).) El Grupo Especial pasó seguidamente a examinar una serie de pruebas documentales a las que ambas partes habían hecho referencia al debatir esta cuestión e indicó que las nuevas pruebas presentadas en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 "simplemente respaldan la

7.2.3.2.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar erróneamente las constataciones del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial

7.118. México afirma que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Órgano de Apelación ya había "solucionado" en la diferencia inicial la cuestión de la "imparcialidad" respecto de la concesión de la admisibilidad para obtener la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún que contienen atún capturado mediante métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines. México subraya que el análisis de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC "es complicado a nivel tanto jurídico como fáctico" y que el Órgano de Apelación no realizó la "evaluación rigurosa" necesaria para evaluar la imparcialidad de la concesión de la admisibilidad para obtener la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca.[502] Según México, el Órgano de Apelación tampoco hizo las constataciones de imparcialidad o compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 que le atribuyó el Grupo Especial.[503] Antes bien, a juicio de México, las constataciones del Órgano de Apelación se referían a la cuestión de la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe* y *no* abordaban la concesión de la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca.[504] Por consiguiente, México subraya que esta cuestión no estaba "definitivamente solucionada".[505]

7.119. Los Estados Unidos responden que, contrariamente a lo que afirma México, el Grupo Especial concluyó correctamente que el Órgano de Apelación ya había rechazado que los Estados Unidos no pudieran establecer distinciones entre distintos métodos de pesca de manera compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los Estados Unidos sostienen que México aduce incorrectamente que el análisis de la "imparcialidad" realizado por el Órgano de Apelación se limitó a la exclusión del atún capturado mediante lances sobre los delfines y no abarcó la admisibilidad del atún capturado por otros métodos de pesca. Según los Estados Unidos, esa cuestión había sido "sometida inequívocamente"[506] al Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Por consiguiente, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que la cuestión estaba "definitivamente solucionada" en el procedimiento inicial, puesto que la cuestión fundamental para el Órgano de Apelación era si la medida impugnada "se adapta[ba]" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[507]

7.120. Para examinar esta alegación de error formulada por México, debemos recordar en primer lugar las constataciones principales formuladas por el Órgano de Apelación en la diferencia inicial.

7.121. Tras haber constatado que la medida sobre el atún inicial modificaba las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos mexicanos, el Órgano de Apelación pasó a evaluar si el efecto perjudicial reflejaba la existencia de discriminación y, en particular, si la medida en litigio "se adaptaba" a los riesgos para los delfines. El Órgano de Apelación comenzó señalando que los Estados Unidos habían aducido ante el Grupo Especial inicial que, "en la medida en que haya diferencias entre los criterios que han de satisfacerse para justificar alegaciones sobre el carácter '*dolphin safe*', esas diferencias 'se adaptan' en función del riesgo de que, al capturar atún, se pueda dar muerte o herir gravemente a delfines".[508] El Órgano de Apelación señaló que "[e]l aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es, por tanto, la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro".[509] Por consiguiente, el Órgano de Apelación consideró que lo que tenía que determinar era si los

---

conclusión a que llegaron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial". (*Ibid*., párrafo 7.135.)

[502] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 93.

[503] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 92.

[504] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 90.

[505] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 93 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.119).

[506] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 63. (no se reproducen las cursivas)

[507] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 64.

[508] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 282. (no se reproduce la nota de pie de página)

[509] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284.

Estados Unidos habían demostrado "que *esta* diferencia en las condiciones de etiquetado es una distinción reglamentaria legítima, y por ende si el efecto perjudicial de la medida se deriva[ba] exclusivamente de esa distinción y no refleja[ba] una discriminación".[510]

7.122. Al examinar esta cuestión, el Órgano de Apelación recordó varias constataciones hechas por el Grupo Especial inicial y se basó en ellas. Entre esas constataciones figuraban las siguientes: que "el método de pesca mediante lances sobre los delfines causa efectos perjudiciales observados y no observados en los delfines"[511]; que "esos efectos perjudiciales se aborda[ban] plenamente en la medida en litigio"[512]; y que "la utilización de determinadas técnicas de pesca de atún *distintas* de los lances sobre delfines puede causar también efectos perjudiciales a esos animales".[513] El Órgano de Apelación subrayó que, aunque el Grupo Especial inicial "aceptó el argumento de los Estados Unidos de que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales", "no coincidió con los Estados Unidos en que los riesgos para los delfines derivados de otras técnicas de pesca eran insignificantes y no alcanzan, en algunas circunstancias, el mismo nivel que los riesgos de los lances sobre delfines".[514] A juicio del Órgano de Apelación, estas constataciones eran la base de las preocupaciones del Grupo Especial inicial sobre la manera en que la medida sobre el atún inicial abordaba los posibles efectos perjudiciales para los delfines derivados del uso de técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines fuera del PTO.[515] Al igual que el Grupo Especial inicial, el Órgano de Apelación concluyó que la medida sobre el atún inicial *no* abordaba los efectos perjudiciales para los delfines resultantes del uso de los métodos de pesca predominantemente empleados por las flotas pesqueras que suministran a los productores de atún de los Estados Unidos y otros países, porque no se exigía una certificación de que no se había dado muerte ni se había herido gravemente a ningún delfín respecto de las pesquerías ubicadas fuera del PTO.[516] En lugar de eso, la única prescripción que la medida sobre el atún inicial aplicaba a los buques que faenan fuera del PTO era, con respecto al atún capturado por buques de cerco, la presentación de una certificación del capitán de que *no* se habían efectuado lances sobre delfines. El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial inicial en que esta prescripción no abordaba el riesgo para los delfines resultante de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines.[517]

7.123. Por estas razones, el Órgano de Apelación concluyó que "los Estados Unidos no ha[bía]n demostrado que la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, 'se adapta[ba]' en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".[518] Por consiguiente, el Órgano de Apelación consideró que los Estados Unidos no habían refutado la presunción *prima facie* establecida por México de que "las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado '*dolphin safe*' modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos y no son imparciales en cuanto a la forma en que abordan los riesgos para los delfines derivados de distintas técnicas de pesca en distintas zonas del océano".[519]

---

[510] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284. (las cursivas figuran en el original) El Órgano de Apelación declaró que examinaría la medida en que las constataciones del Grupo Especial arrojaban luz sobre la cuestión de "si la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, se adapta[ban] en función de la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones". (*Ibid.*, párrafo 286.)

[511] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287.

[512] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287.

[513] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.520 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

[514] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289. (no se reproducen las notas de pie de página)

[515] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.

[516] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.532).

[517] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.561).

[518] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

[519] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.

7.124. Como se puede discernir de lo anterior, el Órgano de Apelación *no* formuló las constataciones que le atribuyó el Grupo Especial. Aunque el Grupo Especial declaró que estaba "reafirma[ndo]" las constataciones del Órgano de Apelación, el informe del Órgano de Apelación no contiene ninguna declaración de que los Estados Unidos "tienen derecho" a excluir el atún capturado mediante lances sobre delfines "de tener en algún momento acceso a la etiqueta *dolphin safe*" y mucho menos de que "los criterios de admisibilidad son imparciales y, por consiguiente, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[520] De hecho, el Grupo Especial no hace referencia a ningún párrafo del informe del Órgano de Apelación que contenga estas supuestas constataciones. Es importante observar que, como reconoció el Grupo Especial, el Órgano de Apelación constató que la medida sobre el atún inicial *carecía* de imparcialidad y, por esa razón, era *incompatible* con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[521]

7.125. Como ya hemos explicado y como implica el propio término, la "imparcialidad" es un concepto relacional, que debe examinarse mediante un análisis comparativo. Las distinciones reglamentarias, por definición, tratan a cada grupo de productos de manera diferente. Así pues, la imparcialidad de una medida y de una distinción reglamentaria en ella establecida no puede evaluarse debidamente mediante un examen de cómo tratan a un único grupo de productos o métodos de producción. Antes bien, solo mediante el examen del trato dado a todos los grupos que se están comparando puede hacerse una evaluación adecuada de la imparcialidad.

7.126. En algunas partes de su razonamiento, el Grupo Especial parece ser consciente del carácter relacional y comparativo del análisis de si la medida modificada se adapta y es imparcial. El Grupo Especial observó que, en el procedimiento inicial, la constatación del Órgano de Apelación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 no se debió a que los Estados Unidos excluían del acceso a la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado mediante lances sobre delfines, sino más bien a que el régimen reglamentario impuesto por los Estados Unidos a los métodos de pesca del atún *distintos* de los lances sobre delfines no se ocupaba suficientemente de los riesgos que representan esos métodos para los delfines.[522] Sin embargo, de las constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia inicial no se deduce que pudiera evaluarse -o que se evaluara- la cuestión de la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 de la "exclusión" de los productos que contienen atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, prevista en la medida, aislándola de las prescripciones aplicables con respecto a otros métodos de pesca que también causan daño a los delfines en otras pesquerías. Como se ha dicho, para evaluar si las distinciones reglamentarias establecidas en virtud de una medida son imparciales, ha de evaluarse el trato dado a los dos grupos entre los que la medida establece distinciones reglamentarias. La cuestión de si una distinción reglamentaria que conlleva la denegación del acceso a la etiqueta *dolphin safe* con respecto a los lances sobre delfines es imparcial no solo depende de cómo se abordan los riesgos que lleva consigo este método de pesca, sino también de si los riesgos que llevan consigo otros métodos de pesca en otras pesquerías se abordan, de manera proporcionada a sus respectivos perfiles de riesgo, en las condiciones de etiquetado que se aplican respecto del atún capturado en esas otras pesquerías. Al constatar que la cuestión de la exclusión de los lances sobre delfines se había "solucionado" en el procedimiento inicial, el Grupo Especial impidió que se realizara un análisis relacional y comparativo adecuado de las distinciones reglamentarias y del trato dado a ambos grupos de productos (es decir, los que, en virtud de la medida modificada, no pueden acceder a la etiqueta y los que sí pueden acceder a ella).

7.127. Lo mismo ocurre cuando, como en el caso de las modificaciones introducidas en el régimen de etiquetado *dolphin safe* por la medida destinada a cumplir (la norma definitiva de 2013), una medida se modifica de una manera que afecta al trato de uno solo de los dos grupos sujetos a esa distinción. Después de tal modificación, debe volver a examinarse la imparcialidad del trato reglamentario y las distinciones pertinentes. La significación jurídica del trato modificado otorgado a un grupo de productos no puede entenderse debidamente examinando ese grupo de manera aislada. Antes bien, para responder a la cuestión de si el efecto perjudicial se deriva

[520] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.123 y 7.126.

[521] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.127 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298).

[522] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.127 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298). Como hemos señalado, el Grupo Especial constató que la medida sobre el atún inicial se consideró incompatible con las normas de la OMC no porque excluía el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, sino porque la medida *no era imparcial con respecto a otros métodos de pesca* que pueden causar también daños a delfines. (*Ibid*., párrafo 7.123.)

exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima también es necesario examinar el trato reglamentario no modificado dado al otro grupo.

7.128. A nuestro juicio, las declaraciones del Grupo Especial resultan aún más sorprendentes porque no parecen ser enteramente coherentes con la forma en que el propio Grupo Especial describió en una sección anterior de su informe las constataciones del Órgano de Apelación. Como se explica en la sección 7.1 del presente informe, al considerar el ámbito de su competencia, el Grupo Especial subrayó que el Órgano de Apelación "no dijo que ningún elemento concreto" del régimen de etiquetado *dolphin safe* fuera "exclusivamente responsable" de la falta de imparcialidad de la medida sobre el atún inicial.[523] El Grupo Especial observó que "[e]s cierto que el razonamiento del Órgano de Apelación se centró principalmente en la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*", pero añadió que esto "puede muy bien haber sido una consecuencia de la manera en que las partes argumentaron el asunto".[524] En cualquier caso, el Grupo Especial explicó que "lo que [el Órgano de Apelación] constató que era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC fue la medida sobre el atún en su totalidad, con sus prescripciones reglamentarias variables".[525] En particular, el Grupo Especial consideró que el Órgano de Apelación, al mencionar en plural "la diferencia en las condiciones para etiquetar productos" y "distintas prescripciones" indicaba que las constataciones del Órgano de Apelación abarcaban las diversas distinciones contenidas en la medida sobre el atún inicial, incluso por lo que respecta a las prescripciones relativas a la certificación y al seguimiento y la verificación.[526]

7.129. No vemos cómo, a la luz de las constataciones del Órgano de Apelación, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación había "solucionado": i) que los Estados Unidos pueden excluir de tener en algún momento acceso a la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado mediante lances sobre delfines[527]; y ii) la cuestión de si la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines, junto con la admisión del atún capturado por otros métodos de pesca, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[528] En particular, el Órgano de Apelación no evaluó las cuestiones identificadas por el Grupo Especial independientemente unas de otras. Tampoco se afirma ni se da a entender en el informe del Órgano de Apelación que estas cuestiones se hubieran "solucionado", especialmente de la manera categórica en que lo describió el Grupo Especial. Antes bien, al evaluar si la medida en litigio "se adaptaba", el Órgano de Apelación examinó y comparó la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro. Por consiguiente, una evaluación adecuada de la imparcialidad de la medida en litigio solo puede realizarse mediante un examen del trato dado a los *dos* grupos que se están comparando.

7.130. Observamos además que la decisión del Grupo Especial, al examinar los criterios de admisibilidad en el marco de la medida sobre el atún modificada, de centrarse en los aspectos que consideró que el Órgano de Apelación ya había "solucionado" pareció impedirle realizar un examen completo de la cuestión fundamental en este procedimiento sobre el cumplimiento, a saber, si las modificaciones introducidas por los Estados Unidos mediante la medida sobre el atún modificada son suficientes para poner esa medida en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD relativas al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.131. En resumen, el informe del Órgano de Apelación no contiene ninguna constatación de que los Estados Unidos tengan derecho "a excluir el atún capturado por ese método de tener en algún momento acceso a la etiqueta *dolphin safe*"[529], o de que el procedimiento inicial "solucionó la

[523] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.33.
[524] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.38.
[525] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.33. Véase también el párrafo 7.117. El Grupo Especial también examinó y rechazó la afirmación de los Estados Unidos de que el procedimiento sobre el cumplimiento debería limitarse a evaluar la norma definitiva de 2013. El Grupo Especial concluyó que su tarea era determinar si la medida sobre el atún modificada, incluida la norma definitiva de 2013, pone a los Estados Unidos en conformidad con los acuerdos abarcados de la OMC. (*Ibid.*, párrafo 7.24.)
[526] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.35-7.37 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 284 y 298, respectivamente).
[527] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.123.
[528] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.
[529] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.123.

cuestión de si la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines, junto con la admisión del atún capturado por otros métodos de pesca, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[530] Por consiguiente, la "reafirma[ción]" por el Grupo Especial de la supuesta "constatación" del Órgano de Apelación de que "los criterios de admisibilidad son imparciales y, por consiguiente, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC" es incorrecta.[531] Por las razones anteriores, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Órgano de Apelación "solucionó" la cuestión de la imparcialidad de los criterios de admisibilidad en el procedimiento inicial.

7.2.3.2.3 Las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación

7.132. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación, y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Como consecuencia de estos supuestos errores, los Estados Unidos solicitan que se revoquen las constataciones definitivas del Grupo Especial de que: i) las prescripciones en materia de certificación dan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y ii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación dan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[532]

7.133. Los Estados Unidos apelan respecto de dos aspectos principales de la evaluación que hizo el Grupo Especial de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación. En primer lugar, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación diferentes carecen de imparcialidad porque los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, lo cual puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada. En segundo lugar, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones demuestran que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[533] En la próxima subsección del presente informe nos ocupamos de la impugnación por los Estados Unidos del análisis que hizo el Grupo Especial de las disposiciones relativas a las determinaciones. A continuación de esa subsección, abordamos las alegaciones formuladas por los participantes al amparo del artículo 11 del ESD en relación con el análisis que hizo el Grupo Especial de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes.

7.134. En esta subsección de nuestro informe, tratamos las alegaciones de error planteadas por los Estados Unidos con respecto a la primera parte del análisis que hizo el Grupo Especial de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes, y con respecto al análisis que hizo el Grupo Especial de la imparcialidad de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes. Para comenzar, resumiremos las constataciones pertinentes formuladas por el Grupo Especial, en primer lugar en relación con la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes y, en segundo lugar, en relación con las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes.

7.2.3.2.3.1 Las constataciones del Grupo Especial

Las prescripciones en materia de certificación diferentes

7.135. Con respecto a las prescripciones en materia de certificación diferentes, México sostuvo ante el Grupo Especial que, como la medida sobre el atún inicial, la medida sobre el atún

[530] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.
[531] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.
[532] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 135, 188, 194, 287 y 335 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 8.2.a y 8.2.b).
[533] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 787.

modificada carece de imparcialidad, porque aborda plenamente los riesgos que plantean para los delfines los lances sobre delfines en el PTO, pero no aborda plenamente el riesgo que plantean otros métodos de pesca en las demás pesquerías. México subrayó que, dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, tanto el capitán del buque como un observador independiente presente a bordo deben expedir las certificaciones exigidas pero, fuera de esa pesquería, solo el capitán debe expedir las certificaciones. El Grupo Especial opinó que la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales se basaba en la "premisa fáctica fundamental" de que las certificaciones de los capitanes son "intrínsecamente no fiables" y "carentes de sentido"[534] por dos razones principales: i) hay un incentivo financiero para que los capitanes certifiquen que su captura es "*dolphin safe*" incluso cuando no lo es, y la medida sobre el atún modificada no contiene ningún mecanismo que permita contrarrestar ese incentivo; y ii) los capitanes no poseen los conocimientos técnicos necesarios para certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín y, por lo tanto, sus certificaciones no garantizan que el atún que lleve la etiqueta "*dolphin safe*" cumpla de hecho las prescripciones legislativas y reglamentarias.

7.136. Al examinar la primera de esas afirmaciones, el Grupo Especial opinó que "el hecho de que numerosos regímenes nacionales, regionales e internacionales se basen en las autocertificaciones de los capitanes crea una fuerte presunción de que, desde un punto de vista sistémico, esas certificaciones son fiables".[535] El Grupo Especial consideró que los argumentos y las pruebas presentados por México no eran suficientes para refutar esta presunción[536], y observó que la manera de pensar distinta de los Estados Unidos en relación con los incentivos económicos que tendrían los capitanes parecía igualmente plausible.[537] Por consiguiente, el Grupo Especial no estaba convencido de que basarse en las certificaciones de los capitanes fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO privase de imparcialidad a la medida sobre el atún modificada.[538]

7.137. Seguidamente, al evaluar el argumento de México de que los capitanes pueden no poseer los conocimientos técnicos necesarios para certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, el Grupo Especial consideró útil comparar los tipos de tareas que se prevé que realicen los observadores en el PTO y otros océanos con las que habitualmente realizan los capitanes.[539] Tras examinar las pruebas relativas a los tipos de tareas desempeñadas por los observadores, el Grupo Especial concluyó que esas pruebas "parecen indicar de manera convincente que certificar si se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín en un lance u otro empleo de artes es una tarea sumamente compleja".[540] A continuación, el Grupo Especial analizó las pruebas relativas a las tareas que generalmente se prevé que realicen los capitanes y no quedó convencido de que la certificación de la mortalidad o las heridas graves de delfines sea el tipo de tarea que generalmente se prevé que realicen los capitanes, ni de que los capitanes posean necesariamente las aptitudes necesarias para certificar si se ha dado muerte o se ha herido gravemente a delfines.[541] Por estas razones, el Grupo Especial sostuvo que "los Estados Unidos no ha[bían] refutado la demostración por parte de México de que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes"[542], porque "los Estados Unidos no ha[bía]n explicado por qué su medida da por supuesto que los capitanes poseen las aptitudes necesarias para garantizar la exactitud de las certificaciones".[543] Por consiguiente, el Grupo Especial razonó que la certificación de la condición *dolphin safe* del atún por un capitán "puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[544] Por lo tanto, el Grupo Especial constató que "las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales y que, por

[534] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.198 (donde se cita la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 285 y 295).
[535] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.208.
[536] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.209.
[537] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210. Los Estados Unidos adujeron ante el Grupo Especial que, contrariamente a lo que afirma México, hay incentivos económicos para que los capitanes de los buques *no* mientan en sus declaraciones sobre la condición *dolphin safe*, porque las fábricas de conservas dejarían de trabajar con ellos y debido a las sanciones civiles y penales que podrían derivarse. (*Ibid*., párrafo 7.202.)
[538] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.211.
[539] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.213.
[540] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.218.
[541] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.225.
[542] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.
[543] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.234.
[544] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.

consiguiente, no se puede decir que deriven exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[545]

7.138. Posteriormente, el Grupo Especial se propuso "describir" la manera en que analizaría la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación si, con respecto a la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2, la carga de la prueba correspondiese a los Estados Unidos, y no a México.[546] El Grupo Especial aceptó el argumento de los Estados Unidos de que "la prescripción del 100% de cobertura por observadores en el PTO está íntimamente vinculada con la naturaleza especial y en ciertos sentidos 'singular' de los daños que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO representa para los delfines".[547] Al hacerlo, aclaró que no entendía que los Estados Unidos hubieran adoptado la posición de que esas certificaciones de observadores se exigen en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pero no en otras pesquerías "porque el riesgo de mortalidad o heridas graves de delfines sea de algún modo menos importante en otras pesquerías".[548] Antes bien, según el Grupo Especial, los Estados Unidos sostenían que las prescripciones en materia de certificación diferentes obedecían a "la naturaleza de la técnica de pesca empleada por los grandes buques de cerco en el PTO, que implica esencialmente la caza y el cerco de muchos delfines durante un período prolongado, [y que ello] significa que es necesario que haya a bordo una sola persona cuya función sea el seguimiento de los delfines capturados durante la caza y/o por el lance de redes de cerco".[549] En cambio, como la naturaleza y el grado de la interacción entre los delfines y los pescadores de atún que utilizan otros métodos de pesca en otros océanos "son distintos en términos cuantitativos y cualitativos (puesto que los delfines no son objeto de lances deliberados, y la interacción es únicamente accidental), no es necesario que haya a bordo una sola persona cuya única tarea consista en vigilar la seguridad de los delfines durante el lance u otro empleo de artes".[550]

7.139. El Grupo Especial consideró que las pruebas presentadas por México no eran suficientes para refutar el argumento de los Estados Unidos de que el carácter especial y singular de los riesgos a que están expuestos los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO justifica las prescripciones en materia de certificación diferentes aplicadas a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y a otras pesquerías.[551] Basándose en ello, el Grupo Especial observó que "constataría[] que los Estados Unidos ha[bía]n acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[552] Sin embargo, a continuación el Grupo Especial señaló que, como los Estados Unidos no habían refutado las pruebas presentadas por México sobre la complejidad de la certificación de la condición *dolphin safe* de la captura de atún, "constataría[] que los Estados Unidos no ha[bía]n explicado suficientemente por qué dan por supuesto que los capitanes son capaces de desarrollar una actividad que, según se reconoce en la propia medida sobre el atún modificada, es sumamente compleja y requiere formación e instrucción".[553] Como esa explicación no existía, el Grupo Especial se sintió "obligado[]" a constatar que, aunque los Estados Unidos pueden establecer legítimamente distinciones entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otras pesquerías, la falta de una explicación sobre la capacidad técnica de los capitanes significa que no se puede decir que las prescripciones en materia de certificación diferentes sean imparciales y, por lo tanto, deriven *exclusivamente* de una distinción reglamentaria legítima.[554] Uno de los miembros del Grupo Especial no pudo estar de acuerdo con el razonamiento y las conclusiones de la mayoría del Grupo Especial.[555]

[545] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.
[546] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.235 y 7.236.
[547] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.238.
[548] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.240.
[549] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.240.
[550] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.240. (no se reproducen las notas de pie de página)
[551] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.241.
[552] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.245.
[553] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.246.
[554] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.246.
[555] Ese integrante del Grupo Especial no compartió el análisis de la mayoría del Grupo Especial que se expone en los párrafos 7.233-7.246 del informe del Grupo Especial. En cambio, en una opinión separada, ese integrante expresó la opinión de que cualquier trato perjudicial causado por prescripciones en materia de certificación diferentes deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y, por consiguiente, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Dado que ni las certificaciones de los capitanes ni las de los observadores pueden detectar *todos* los casos de mortalidad o heridas graves de delfines, se

Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes

7.140. Al evaluar la imparcialidad de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, el Grupo Especial comenzó su análisis recordando que correspondía a México demostrar *prima facie* que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes *no* son imparciales.[556] A continuación, el Grupo Especial expresó su acuerdo con el argumento de México de que "no existe una relación evidente entre la imposición de una carga más ligera en el caso del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[557] El Grupo Especial constató que México había acreditado *prima facie* "que no existe una conexión racional entre las cargas diferentes que crean las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[558]

7.141. El Grupo Especial discrepó de los argumentos presentados por los Estados Unidos para refutar esta acreditación. En primer lugar, consideró que el argumento de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son neutrales en cuanto al origen no respondía al punto de que las diferencias en las prescripciones son incompatibles con los objetivos que trata de alcanzar la medida sobre el atún modificada.[559] En segundo lugar, el Grupo Especial discrepó del argumento de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación simplemente reflejan los compromisos internacionales asumidos por los Estados Unidos y México en virtud del APICD, porque ello no explica por qué la medida sobre el atún modificada contiene una distinción reglamentaria cuyo efecto es imponer una carga de cumplimiento considerablemente más ligera en el caso del atún capturado en algunas pesquerías que en el caso del atún capturado en otras.[560]

7.142. El Grupo Especial tampoco aceptó la explicación de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son diferentes debido al mayor grado de riesgo para los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Este mayor riesgo "no explica por qué las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, que por su naturaleza misma están relacionadas con el movimiento del pescado *después del momento de la captura*, son distintas según las pesquerías, en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos".[561] A juicio del Grupo Especial, los perfiles de riesgo diferentes en las distintas pesquerías pueden explicar las diferencias reglamentarias relativas a los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca, así como la necesidad de que haya un observador independiente encargado de la vigilancia y la certificación *durante las propias actividades de pesca e inmediatamente después de ellas*, pero no explican las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, puesto que esas prescripciones solo se aplican *después* de que el atún ha sido capturado. Por último, aunque reconoció que los Estados Unidos tienen libertad para intentar alcanzar sus objetivos a un nivel que consideren apropiado, el Grupo Especial señaló que este principio "no los autoriza a modificar las condiciones de competencia en un mercado en detrimento de los productos importados cuando esa modificación no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[562]

---

tolera necesariamente un cierto grado o margen de error. Dicho integrante del Grupo Especial destacó que, siempre que el margen de error tolerado sea "adaptado" en función de los riesgos con que se enfrentan los delfines en una pesquería determinada, el mero hecho de que los mecanismos de detección aplicados dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y fuera de esa pesquería no sean los mismos no hace que la medida sobre el atún modificada carezca de imparcialidad. A juicio de este integrante, los Estados Unidos habían presentado pruebas suficientes de que los riesgos existentes en todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son, en general, significativamente menos graves que los que se plantean en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.264-7.283.)

[556] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.389. El Grupo Especial recordó también que el grado en que un caso determinado de trato perjudicial puede conciliarse con los objetivos que trata de alcanzar una medida impugnada, o explicarse por referencia a esos objetivos, puede ser una consideración pertinente para la evaluación de si ese trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. (*Ibid*., párrafo 7.390.)

[557] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.392.

[558] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.392.

[559] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.394 y 7.395.

[560] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.396 y 7.397.

[561] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.398. (las cursivas figuran en el original)

[562] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.399.

7.143. Por estas razones, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no habían refutado la acreditación *prima facie* por México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes no derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y, por consiguiente, constató que esas prescripciones conceden un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[563]

7.2.3.2.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no examinar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos

7.144. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error y aplicó un criterio jurídico incorrecto al no considerar si cada uno de los conjuntos diferentes de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "se adapta" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[564] Los Estados Unidos subrayan que, en cambio, el integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada sobre una parte de las prescripciones en materia de certificación reconoció correctamente que la cuestión de la adaptación es determinante y que "el análisis de si las prescripciones [diferentes] se adaptan en función de los distintos perfiles de riesgo de las distintas pesquerías se sitúa 'en el centro mismo del análisis de la imparcialidad en el presente asunto'".[565] En opinión de los Estados Unidos, a diferencia del análisis de las prescripciones en materia de certificación efectuado por la mayoría del Grupo Especial y del análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación efectuado por el Grupo Especial, el análisis del integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada es compatible con la orientación que proporcionó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.[566]

7.145. Los Estados Unidos consideran que la "cuestión central" para el Órgano de Apelación era si la distinción reglamentaria pertinente era "imparcial en cuanto a la forma en que aborda[ba] los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".[567] Además, los Estados Unidos indican que se basaron en el análisis de la "adaptación" realizado por el Órgano de Apelación al diseñar su medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Añaden que, excepción hecha de la opinión del integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada, el Grupo Especial "incurrió en error al no tener en cuenta de manera análoga la orientación que proporcionó el Órgano de Apelación [sobre la adaptación]".[568] Los Estados Unidos subrayan también que, incluso en el procedimiento inicial, el análisis de la "adaptación" realizado por el Órgano de Apelación también guardaba relación con las prescripciones en materia de certificación mismas. En particular, el Órgano de Apelación señaló que una prescripción en materia de observadores "puede ser apropiada en circunstancias en las que los delfines enfrenten riesgos mayores de mortalidad o

---

[563] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.400. Tras formular la constatación de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes previstas en la medida sobre el atún modificada no son imparciales y, por consiguiente, no derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, el Grupo Especial indicó que llegaría a la misma conclusión si la carga de la prueba se asignara a los Estados Unidos. Explicó que, en tal situación, constataría que los Estados Unidos no habían acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes derivaran exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. (*Ibid*., párrafo 7.402.)

[564] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 196 y 334.

[565] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 198 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.276). Véase también la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 340.

[566] Los Estados Unidos, en particular, se refieren a las siguientes razones aducidas por el integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada:

> [L]a norma general de que las certificaciones de los capitanes son suficientes fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO mientras que se exige la presencia de observadores dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es imparcial. Creo que esa distinción representa una respuesta equitativa a los distintos perfiles de riesgo que existen en las distintas pesquerías, como lo demuestran las pruebas.

(Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 204 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.282).)

[567] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 340 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 232). Véase también *ibid*., párrafo 200.

[568] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 205. (no se reproduce la nota de pie de página)

heridas graves".[569] Por tanto, para los Estados Unidos, el Órgano de Apelación ya ha aceptado el "principio crítico" de que "un Miembro de la OMC no está obligado a imponer las *mismas* prescripciones a todos los Miembros, sino que puede imponer prescripciones diferentes para abordar riesgos diferentes".[570]

7.146. Los Estados Unidos señalan, a este respecto, que el Grupo Especial "concluyó, de hecho, que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un 'perfil de riesgo' en cuanto al daño para los delfines distinto del de otras pesquerías".[571] Según los Estados Unidos, es por tanto totalmente apropiado establecer para el atún producido en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO prescripciones diferentes que para el atún producido en otras pesquerías.[572] Por consiguiente, "el hecho de que [las prescripciones aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y a todas las demás pesquerías] *sean* distintas -y *puedan* tener tasas de exactitud distintas- no puede, por sí solo, ser una base sobre la cual se constate que la diferencia de los regímenes no es imparcial cuando los perfiles de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y de todas las demás pesquerías son tan radicalmente distintos".[573] Los Estados Unidos añaden que las diferencias en las prescripciones aplicables "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[574]

7.147. Por otra parte, con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, los Estados Unidos no están de acuerdo con el Grupo Especial en que un análisis de la "adaptación" no es jurídicamente pertinente a la cuestión de si la distinción reglamentaria es imparcial porque esas prescripciones se aplican después de que el atún ha sido capturado. Los Estados Unidos sostienen que, a los efectos del análisis de la "adaptación", carece de importancia cuándo se introduce en el sistema algún grado de inexactitud (o sea, en la designación inicial del conjunto como *dolphin safe* o no *dolphin safe*, o durante el seguimiento ulterior del atún). A juicio de los Estados Unidos, el hecho de que haya mucho más atún capturado en casos en que se haya dado muerte o herido gravemente a un delfín en una pesquería que en otras ofrece una base para tratar a esa pesquería de manera diferente.[575] Por consiguiente, los Estados Unidos sostienen que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún modificada son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.148. En respuesta, México presenta tres argumentos principales. En primer lugar, México no está de acuerdo en que "adaptado" sea equivalente a "imparcial" o a "no arbitrario o injustificado", y cuestiona que la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el párrafo 1 del artículo 2 incluya una "prueba de adaptación". En segundo lugar, mantiene que la medida sobre el atún modificada no incorpora ningún concepto de "adaptación". En tercer lugar, no está de acuerdo en que haya diferencias pertinentes entre el PTO y otras regiones oceánicas que puedan justificar distinciones reglamentarias en las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.[576] México aduce que el Grupo Especial concluyó correctamente que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes evidencian una falta de imparcialidad, de modo que no se puede decir que el efecto perjudicial causado por las diferentes condiciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.149. México sostiene que no puede ser imparcial que la medida sobre el atún modificada permita una mayor proporción de información incorrecta sobre la inocuidad para los delfines en el caso del atún capturado en pesquerías situadas fuera del PTO, supuestamente de bajo riesgo, que en el caso del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, supuestamente

[569] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 201 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 612 al párrafo 296).
[570] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 202. (las cursivas figuran en el original)
[571] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 197 y 338 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.240-7.242, 7.278 y 7.398).
[572] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 339.
[573] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 341. (las cursivas figuran en el original)
[574] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 342.
[575] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 344.
[576] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 58.

de alto riesgo. Por tanto, la "adaptación" que proponen los Estados Unidos es claramente arbitraria, injustificada y carente de imparcialidad porque da lugar a información inexacta y que induce a error, lo que va directamente en contra de los objetivos de la medida.[577]

7.150. Con respecto a las prescripciones en materia de certificación diferentes, México afirma que el Grupo Especial constató correctamente que carecen de imparcialidad porque los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para expedir una certificación *dolphin safe* exacta. Dado que, según México, los Estados Unidos no discrepan en que las certificaciones por los capitanes son menos exactas que las certificaciones por observadores aprobados por el APICD, "no se discute que exigir únicamente certificaciones por capitanes en el caso del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO da como resultado un 'margen de error', lo que significa que al menos algunos de los productos de atún que contienen atún no *dolphin safe* capturado fuera del PTO son etiquetados incorrectamente como *dolphin safe* en el mercado de los Estados Unidos".[578] Dado que, a juicio de México, el objetivo de la medida sobre el atún modificada de "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines" es de carácter "absoluto", de ello se deduce que esta diferencia en las prescripciones en materia de certificación es "arbitraria, injustificada y carente de imparcialidad".[579]

7.151. México tampoco está de acuerdo con el argumento de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son imparciales porque "se adaptan" en función de los riesgos que representan para los delfines distintos métodos de pesca en distintas pesquerías. México subraya que, como constató acertadamente el Grupo Especial, el perfil de riesgo de daños a delfines ya no es una consideración pertinente una vez que el atún ha sido capturado y almacenado a bordo de un buque de pesca. Por consiguiente, en opinión de México, no existe ningún vínculo entre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes y los perfiles de riesgo supuestamente diferentes de daños a delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[580] México también rechaza la posición de los Estados Unidos de que, "a los efectos del análisis de la adaptación, carece de importancia *cuándo* se introduce en el sistema algún grado de inexactitud".[581]

7.152. En nuestra opinión, esas alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos plantean varias cuestiones. La primera cuestión que tenemos que examinar es si, al aplicar la segunda parte de la prescripción del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial estaba obligado a evaluar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación que figuran en la medida sobre el atún modificada "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. Si el Grupo Especial estaba obligado a hacerlo, una cuestión conexa es la de si el Grupo Especial realizó de hecho ese análisis. Al abordar estas cuestiones, también tenemos que tomar en consideración las cuestiones de si la imparcialidad de cada conjunto de prescripciones podía ser debidamente evaluada por separado y de manera aislada de los demás elementos de la medida sobre el atún modificada y, de ser así, si el carácter apropiado o la naturaleza del enfoque adoptado para evaluar esa imparcialidad variaría según los distintos elementos de la medida sobre el atún modificada.

7.153. Ya hemos realizado algún análisis pertinente a la primera cuestión cuando abordamos la apelación de los Estados Unidos respecto de la articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico que se ha de aplicar en la segunda parte de una evaluación de si un reglamento técnico concede un trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Hemos señalado que, al determinar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, las "circunstancias particulares" del caso pueden informar la manera adecuada de evaluar la imparcialidad en ese caso concreto. Aunque hemos reconocido la posible utilidad que para la evaluación de la imparcialidad tiene una indagación de si el efecto

[577] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 175.
[578] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 123.
[579] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 129. México sostiene que el objetivo de la medida sobre el atún modificada en modo alguno permite cierto nivel "aceptable" de mortalidad o heridas graves en la información sobre la inocuidad para los delfines. (*Ibid*.)
[580] Comunicación del apelado presentada por México, párrafos 173 y 174.
[581] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 173 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 344 (las cursivas figuran en el original)).

perjudicial, y las explicaciones dadas sobre el mismo, pueden conciliarse, o tienen una relación racional, con el objetivo de política perseguido por la medida en litigio, hemos explicado que este es uno de los exámenes que se podrían realizar para determinar si una distinción reglamentaria es arbitraria o injustificada y por ende no imparcial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, adoptar un enfoque demasiado restringido con respecto a dicha indagación podría llevar a un grupo especial a incurrir en error. Para apreciar debidamente si una medida es imparcial, la indagación sobre el vínculo entre las distinciones reglamentarias que figuran en la medida y el objetivo de política de la medida puede tener que abarcar también un examen, o ser complementada por un examen, de si las diferencias en el trato otorgado a grupos diferentes de productos en virtud de esas distinciones, y el efecto desfavorable resultante, son desproporcionados en vista del objetivo perseguido.[582]

7.154. También hemos explicado *supra* que una evaluación de la "adaptación" de una medida y las distinciones reglamentarias que establece no es, en y por sí misma, una prueba generalmente aplicable para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Más bien, este término forma parte de la nomenclatura del procedimiento inicial que fue utilizada por los Estados Unidos, y empleada por el Órgano de Apelación, para poner a prueba si la medida sobre el atún inicial era imparcial. De hecho, en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación constató que "los Estados Unidos no ha[bía]n demostrado que la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, 'se adapta[ba]' en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".[583] De ello se deducía que "los Estados Unidos no ha[bía]n demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se deriva[ba] exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[584] El Órgano de Apelación añadió que, "[d]adas esas circunstancias, no esta[ba] persuadido[] de que los Estados Unidos h[ubieran] demostrado que la medida [era] *imparcial* en los aspectos pertinentes".[585]

7.155. A nuestro juicio, estos fragmentos demuestran que la evaluación de la "imparcialidad" que hizo el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial se centró en la cuestión de si la medida sobre el atún inicial "se adaptaba" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. Demuestran además que se respondió a esta cuestión mediante una comparación de las condiciones de acceso a la etiqueta *dolphin safe* para los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, con las aplicadas a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de esa pesquería mediante métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines, por otro. Al tratar los argumentos de los Estados Unidos del modo en que lo hizo, el Órgano de Apelación aceptó la premisa de que dicho régimen no infringirá el párrafo 1 del artículo 2 si se "adapta" adecuadamente en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[586] Esto, a su vez, indica que, en el contexto del procedimiento inicial, el Órgano de Apelación consideró apropiado un análisis consistente en: primero, una identificación de si los distintos métodos de pesca del atún en distintas zonas de los océanos representan riesgos diferentes para los delfines; y, segundo, el examen de si, a la luz de esos riesgos, el trato diferente creado por la distinción reglamentaria pertinente demuestra que, siendo grupos diferentes, el trato otorgado a cada grupo es proporcionado a los riesgos correspondientes, teniendo en cuenta los objetivos de la medida. Esta evaluación se realizó con objeto de determinar si el régimen de etiquetado *dolphin safe* inicial de los Estados Unidos era o no imparcial.

---

[582] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 347.

[583] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

[584] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

[585] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297. (sin cursivas en el original)

[586] También coincidimos con los Estados Unidos en que la aceptación de tal enfoque está implícita en la declaración del Órgano de Apelación según la cual exigir una certificación por un observador, y no por un capitán, "puede ser apropiado en circunstancias en las que los delfines enfrenten riesgos mayores de mortalidad o heridas graves". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 201 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 612 al párrafo 296).)

7.156. También consideramos apropiado que los Miembros de la OMC busquen orientación en los razonamientos expuestos en los informes adoptados del Órgano de Apelación y los grupos especiales cuando tratan de poner sus medidas incompatibles en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados. En rigor, esto contribuye a la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio, así como a la pronta solución de las diferencias. En el presente procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos han defendido su régimen de etiquetado *dolphin safe* de la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC explicando por qué las distinciones previstas en la medida sobre el atún modificada se derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en términos muy parecidos a los que utilizaron en el procedimiento inicial. Los Estados Unidos han aducido que, en la medida en que haya un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos, en virtud de las diferencias en las condiciones de etiquetado para los productos que contienen atún capturado dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, esas diferencias se explican, o "se adaptan", en función de los riesgos diferentes para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[587] Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos también presentaron abundantes pruebas y argumentos para tratar de demostrar que los riesgos diferentes asociados a las distintas pesquerías explican el trato diferenciado concedido con arreglo a la medida sobre el atún modificada.

7.157. Esas consideraciones nos hacen pensar que la indagación realizada por el Grupo Especial en el marco de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 debería haber incluido una evaluación de si, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado en otras pesquerías, por otro, "se adaptan" en función de la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las distintas pesquerías.[588]

7.158. Habiendo llegado a esta conclusión preliminar, a continuación examinamos más específicamente la indagación que realizó el Grupo Especial, incluida la cuestión de si ese análisis abarcó una evaluación y una comparación de los riesgos diferentes para los delfines asociados a distintos métodos de pesca en distintos océanos. Como hemos indicado, el Grupo Especial explicó que, "al examinar si el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial puede tener en cuenta hasta qué punto el trato perjudicial identificado se explica por los objetivos que trata de alcanzar la medida en litigio o, por lo menos, puede conciliarse con esos objetivos".[589] El Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales porque "los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes, lo cual puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[590] Al analizar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, el Grupo Especial constató que no hay una conexión racional o evidente entre la imposición, en virtud de la medida sobre el atún modificada, de una carga más ligera al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los objetivos de la medida sobre el atún modificada, y que ninguna de las explicaciones proporcionadas por los Estados Unidos indicaba lo contrario.[591] Sobre esas bases, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación vigentes con arreglo a la medida sobre el atún modificada no son imparciales y, por lo tanto, no derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[592]

7.159. A nuestro juicio, la manera en que el Grupo Especial aplicó el criterio jurídico para cerciorarse de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación presenta algunas dificultades. La primera y la más importante de todas se debe al análisis segmentado que adoptó el Grupo Especial. Como hemos indicado, las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación actúan conjuntamente con las condiciones

[587] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 195 y 196.
[588] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.
[589] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.196.
[590] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.
[591] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.392 y 7.400.
[592] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.233 y 7.401.

sustantivas de la medida sobre el atún modificada para limitar el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Esto significa, en nuestra opinión, que únicamente cuando se consideraran conjuntamente las condiciones de acceso se puede entender el vínculo entre las distinciones reglamentarias constatadas en la medida y los objetivos de política de la medida. Por tanto, evaluar esos conjuntos separados de prescripciones aisladamente de otros elementos de la medida puede impedir un análisis exhaustivo del diseño y la estructura de la medida y de la forma en que persigue sus objetivos. Además, el análisis segmentado de la medida sobre el atún modificada que realizó el Grupo Especial parece también haberle llevado a no tener en cuenta que, al menos si se *compara* con la medida sobre el atún inicial, la medida sobre el atún modificada en su totalidad contribuye a los objetivos de proporcionar información a los consumidores y de proteger a los delfines de daños derivados de la pesca de atún. Por estas razones, consideramos que la decisión del Grupo Especial de adoptar un enfoque analítico segmentado le impidió aplicar adecuadamente el criterio jurídico que había articulado.

7.160. Seguidamente examinamos si, a pesar de que el Grupo Especial no abordó expresamente las explicaciones proporcionadas por los Estados Unidos acerca de las diferencias en los conjuntos respectivos de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, los análisis que hizo de la imparcialidad de esas prescripciones reflejan de hecho que sí evaluó y tuvo debidamente en cuenta los riesgos diferentes asociados a la pesca de atún en las distintas pesquerías. Si, por ejemplo, el Grupo Especial estableció que los riesgos que representan para los delfines las distintas zonas de pesca y los distintos métodos de pesca son los mismos, puede que haya llegado debidamente a la conclusión de que tratarlos de manera diferente no es "imparcial". Sin embargo, si el Grupo Especial consideró que los perfiles de riesgo son diferentes, habría sido necesario indagar más sobre si las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún modificada, y el efecto perjudicial resultante, podían explicarse por ser proporcionadas a los riesgos diferentes asociados a la pesca del atún en distintos océanos y utilizando distintos métodos de pesca.

7.161. En su análisis de los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial constató que hay una diferencia en la naturaleza de los riesgos que representa para los delfines el método de pesca de lance sobre delfines, frente a otros métodos de pesca. En particular, el Grupo Especial declaró que estaba de acuerdo con los Estados Unidos en que "*incluso si* hay pesquerías de atún que utilizan ... tipos de artes que producen el mismo número de muertes y heridas graves de delfines permitido o causado en el PTO ... simplemente *no* es cierto que esas pesquerías den lugar al mismo nivel de daños no observados".[593] Al llegar a esta conclusión, el Grupo Especial parece haberse centrado únicamente en su interpretación de que los daños *no observados* diferían según se tratara de lances sobre delfines o de otros métodos de pesca. Sobre esta base, el Grupo Especial constató que las nuevas pruebas no refutaban ni contradecían la constatación formulada en el procedimiento inicial de que los lances sobre delfines causan un nivel de daños no observados a los delfines que no se constata con otros métodos de pesca. Al centrarse exclusivamente en su interpretación de que los daños *no observados* diferían según se tratara de lances sobre delfines o de otros métodos de pesca, el Grupo Especial no consideró los riesgos relativos planteados por los métodos de pesca pertinentes con respecto a la mortalidad o las heridas graves *observadas* y, por lo tanto, no resolvió las cuestiones de los niveles globales de riesgo en las distintas pesquerías y cómo son los unos en comparación con los otros. Sin embargo, fue precisamente en este tipo de examen en lo que se centró el análisis efectuado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, que giró en torno a una evaluación de las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* a la luz de los niveles globales de riesgo existentes en las pesquerías pertinentes, incluidos los riesgos de daños tanto observados como no observados. En efecto, recordamos que, en su conclusión, el Órgano de Apelación subrayó que "la medida estadounidense aborda[ba] *plenamente* los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, mientras que 'no se ocupa[ba] de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO'".[594] Por consiguiente, no consideramos que, al examinar los criterios de admisibilidad, el análisis del Grupo Especial reflejara que efectivamente evaluó y tomó debidamente en cuenta los riesgos diferentes asociados a la pesca de atún en distintos océanos y utilizando distintos métodos de pesca de un

[593] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.135 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 113 (las cursivas figuran en el original).

[594] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.544). (las cursivas figuran en el original)

modo que le habría permitido evaluar adecuadamente los argumentos de las partes acerca de la imparcialidad de las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún modificada.

7.162. Al evaluar las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación el Grupo Especial declaró que consideraba que estas dos distinciones reglamentarias eran pertinentes "solo ... en el caso del atún que reúne las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe* y se tiene intención de que la reciba".[595] Por consiguiente, a juicio del Grupo Especial, "el atún que no reúne las condiciones para utilizar esa etiqueta (es decir, el atún capturado mediante lances sobre delfines) o que no se tiene intención de vender con esa etiqueta no resulta afectado por estas distinciones reglamentarias".[596] De esta afirmación interpretamos que, como hizo al analizar el efecto perjudicial de cada una de las tres distinciones, los análisis por el Grupo Especial de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación implicaban, en cada caso, una comparación del trato concedido a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en expediciones en que no se efectúen lances sobre delfines, por un lado, con el concedido a los productos de atún que contienen atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en expediciones en que no se efectúen lances sobre delfines, por el otro. No obstante, como se explica *infra*, no está totalmente claro si el Grupo Especial consideró, a los efectos de estos análisis, que los respectivos riesgos para los delfines que se presentaban en esas pesquerías comparadas fueran los mismos, diferentes, o simplemente no pertinentes para sus análisis. El Grupo Especial tampoco indicó explícitamente si consideraba que los respectivos riesgos para los delfines identificados por el Grupo Especial inicial, y "reafirma[dos]"[597] por este Grupo Especial, en su análisis de los criterios de admisibilidad, también eran pertinentes al analizar la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.

7.163. Al examinar las diferentes prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial dedicó la mayor parte de su razonamiento a una comparación de las diferentes tareas realizadas por los observadores en el PTO y los capitanes, así como sus respectivos conocimientos técnicos, formación e instrucción a efectos de expedir certificaciones. En particular, el Grupo Especial basó su constatación de que "las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales" en la conclusión de que "los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín", "lo cual puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[598] El razonamiento del Grupo Especial solo incluye escasas referencias a los riesgos para los delfines en las pesquerías pertinentes, y no aborda la cuestión de si, teniendo en cuenta los perfiles de riesgo, el trato diferente creado por las distinciones reglamentarias pertinentes demuestra que, siendo grupos diferentes, el trato concedido a cada grupo se explica por los riesgos pertinentes y se adecua debidamente a ellos. Tras haber determinado que "el problema fundamental de la medida sobre el atún modificada" es que "los Estados Unidos no han explicado por qué su medida da por supuesto que los capitanes poseen las aptitudes necesarias para garantizar la exactitud de las certificaciones", el Grupo Especial indicó que, "[p]or consiguiente", no estaba "convencido[] de que las prescripciones en materia de certificación diferentes, tal como están diseñadas en la actualidad, se ocupen suficientemente de 'los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano'".[599] Si bien podría interpretarse que esta afirmación indica que el Grupo Especial reconoció que el examen de los diferentes perfiles de riesgo atribuidos a los distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos podría haber sido pertinente para su análisis, no nos parece que tal examen haya formado parte del análisis efectuado por el Grupo Especial ni que sirviera de base para sus conclusiones.[600]

[595] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.143.
[596] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.143.
[597] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.
[598] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.
[599] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.234 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297).
[600] Si bien una evaluación de los diferentes riesgos para los delfines *no* parece haber orientado el análisis realizado por el Grupo Especial en el contexto de su análisis de la alegación de México relativa a las prescripciones en materia de certificación, que figura en los párrafos 7.195-7.234 de su informe, en su análisis de los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial sí examinó nuevas pruebas presentadas en el procedimiento sobre el cumplimiento sobre los respectivos "daños" causados a los delfines dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías. (Véase el informe del Grupo Especial,

7.164. Como se señaló *supra*, el Grupo Especial también analizó la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación suponiendo, a efectos de argumentación, que la carga de la prueba recaía en los Estados Unidos, y no en México. En este análisis alternativo, el Grupo Especial examinó determinados hechos relacionados con los riesgos para los delfines derivados de diversos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. El Grupo Especial aceptó el argumento de los Estados Unidos relativo a "la naturaleza especial y en ciertos sentidos 'singular' de los daños que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO representa para los delfines".[601] El Grupo Especial consideró que los argumentos y las pruebas presentados por México sobre la asociación entre el atún y los delfines y la frecuencia de los lances sobre delfines fuera del PTO no eran suficientes para refutar el argumento de los Estados Unidos de que la situación en el PTO es singular o diferente de una forma que justifique el trato diferente dado a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y a otras pesquerías.[602] Sobre esta base, el Grupo Especial observó que "constataría[] que los Estados Unidos ha[bía]n acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[603] A nuestro juicio, esta parte del razonamiento del Grupo Especial parece haber empleado un concepto que se ve similar al de "adaptación". No obstante, finalmente el Grupo Especial concluyó que las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales. Señalando que los Estados Unidos no habían refutado las pruebas presentadas por México sobre la complejidad de certificar la condición *dolphin safe* de una captura de atún, el Grupo Especial afirmó que "constataría[] que los Estados Unidos no ha[bía]n explicado suficientemente por qué dan por supuesto que los capitanes son capaces de desarrollar una actividad que, según se reconoce en la propia medida sobre el atún modificada, es sumamente compleja y requiere formación e instrucción".[604] A juicio del Grupo Especial, la falta de una explicación sobre la capacidad técnica de los capitanes significaba que no se podía decir que las prescripciones en materia de certificación diferentes fueran imparciales y, por lo tanto, derivaran *exclusivamente* de una distinción reglamentaria legítima.[605]

7.165. Nos parece que determinados aspectos de esta parte del análisis por el Grupo Especial indican que el Grupo Especial tomó en consideración en cierta medida los respectivos perfiles de riesgo asociados a los distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. Así, por ejemplo, el Grupo Especial explicó que la distinción entre distintos métodos de pesca es "especialmente importante" dado que los lances sobre delfines son "intrínsecamente peligros[os]" para esos animales, incluso si no se observa que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín, "porque tiene[n] efectos nocivos no observables en el bienestar físico y emocional de los delfines".[606] Al mismo tiempo, observamos que, si bien el Grupo Especial había afirmado que el trato dado a los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines *no* sería pertinente para sus análisis de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el examen que realizó de los respectivos perfiles de riesgo parece haberse centrado exclusivamente en esta técnica de pesca. No estamos seguros de si, en el contexto de las prescripciones en materia de certificación diferentes, el Grupo Especial en último término consideró que los perfiles de riesgo de las pesquerías pertinentes que dan origen a los diferentes grupos de productos de atún eran *iguales* o *diferentes*. Además, la conclusión definitiva del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación diferentes no eran imparciales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 se debió al hecho de que los Estados Unidos no habían "explicado suficientemente por qué dan por supuesto que los capitanes son capaces de

párrafos 7.129-7.135.) Observamos, sin embargo, que en su análisis de los criterios de admisibilidad el Grupo Especial pareció estar examinando grupos de productos de atún diferentes a los de su análisis de las prescripciones en materia de certificación.

[601] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.238.

[602] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.241. El Grupo Especial destacó que las pruebas presentadas por México indicaban que "aunque puede haber una cierta interacción entre el atún y mamíferos marinos, incluidos los delfines, fuera del PTO, 'los delfines del Océano Atlántico, el Océano Índico y el Océano Pacífico Occidental [no se asocian con el atún] tan sistemáticamente como los del Océano Pacífico'". (*Ibid*. (donde se cita Servicio Nacional de Pesca Marítima, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean*, informe administrativo LJ-96-20 (noviembre de 1996) (Prueba documental MEX-40 presentada al Grupo Especial), página 2).) El Grupo Especial añadió que, "aunque puede ocurrir ocasional e incidentalmente que se efectúen lances sobre delfines fuera del PTO, solo dentro del PTO se practican esos lances uniforme o 'sistemáticamente'". (*Ibid*., párrafo 7.242.)

[603] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.245.

[604] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.246. (las cursivas figuran en el original)

[605] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.246.

[606] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.244.

desarrollar una actividad que, según se reconoce en la propia medida sobre el atún modificada, es sumamente compleja y requiere formación e instrucción".[607] Por lo tanto, si bien el concepto de riesgos diferentes para los delfines en las pesquerías pertinentes parece haber desempeñado algún papel en su análisis, no consideramos que tal análisis haya incluido una identificación clara de los respectivos riesgos ni una evaluación de la cuestión de si esos riesgos se abordaban de manera imparcial en las prescripciones en materia de certificación diferentes.[608]

7.166. Al analizar la imparcialidad de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial desestimó el argumento de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se justifican o explican a la luz del mayor grado de riesgo para los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. El Grupo Especial explicó que ningún grado mayor de riesgo "explica por qué las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, que por su naturaleza misma están relacionadas con el movimiento del pescado *después del momento de la captura*, son distintas según las pesquerías, en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos".[609] Según el Grupo Especial, los "perfiles de riesgo diferentes" en las distintas pesquerías pueden explicar las distinciones reglamentarias relativas a los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca, así como la necesidad de que haya un observador independiente encargado de la vigilancia y la certificación durante las propias actividades de pesca e inmediatamente después de ellas, pero no explican las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, que se activan *después* de que el atún se ha capturado.[610] No estamos convencidos de que, como parece haber pensado el Grupo Especial, consideraciones relacionadas con las semejanzas y las diferencias en los riesgos no puedan estar reflejadas en todas las etapas de la captura y el transporte y la transformación ulteriores del atún y no puedan ser pertinentes para ellas. Interpretamos que el Grupo Especial opinó que los perfiles de riesgo pertinentes se *modificarían* o *perderían su pertinencia* para el análisis de la "imparcialidad" solo porque esas prescripciones regulan una situación que se produce después de que el atún se ha capturado. A nuestro juicio, este enfoque del Grupo Especial no parece concordar con su propio razonamiento de que la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos puede verse comprometida en cualquier etapa de producción de los productos de atún, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada.[611] Además, consideramos que el enfoque del Grupo Especial también es contrario a nuestras observaciones de que una evaluación de la imparcialidad de la medida sobre el atún modificada debe tener en cuenta el hecho de que sus diversos elementos -los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación- establecen una serie de condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe* que son acumulativas y están sumamente interrelacionadas.

7.167. A la luz de estas consideraciones, está claro que, dado que el Grupo Especial no consideró que los riesgos para los delfines fueran pertinentes para su análisis de la imparcialidad de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial no trató de identificar

[607] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.246.

[608] En cambio, en el análisis que hizo el integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes se examina expresamente el concepto de "perfil de riesgo" y cómo ese aspecto se aplica a las distintas pesquerías en la presente diferencia, utilizando el término "adaptación". (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.276 y 7.282.) Sin embargo, no necesariamente consideramos que, al evaluar la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes, este integrante del Grupo Especial haya hecho una evaluación completa de los distintos niveles de riesgo en las distintas pesquerías. En cambio, las conclusiones a las que se llegó se basaban en una observación general de que, "dado el mayor grado de riesgo en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO ["especialmente dañinos" frente a "en general, significativamente menos graves" en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO], ... es totalmente imparcial que los Estados Unidos toleren un margen de error más reducido en esta última pesquería y, por consiguiente, exijan la presencia de observadores en esa pesquería pero no en otras". (*Ibid*., párrafo 7.258.)

[609] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.398. (las cursivas figuran en el original)

[610] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.398.

[611] Recordamos que, en el contexto de las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no habían refutado la demostración por parte de México de que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, y que esto puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.) Análogamente, en el contexto de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial indicó que prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes tienen un efecto perjudicial en el atún y los productos de atún mexicanos, incluso porque hacen más probable que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco sea etiquetado erróneamente como *dolphin safe*. (*Ibid*., párrafo 7.391.)

esos riesgos con respecto al atún que reúne las condiciones capturado tanto dentro como fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en esa parte de su análisis. El Grupo Especial tampoco comparó las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes a la luz de esos riesgos y de los objetivos de la medida sobre el atún modificada relativos a la protección de los delfines y el suministro de información exacta al consumidor.

7.168. Como argumento adicional, los Estados Unidos sostienen que cualquier efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, porque las diferencias que dan lugar al efecto perjudicial se pueden explicar por una razón legítima y no discriminatoria, a saber, que tales diferencias reflejan que las partes en el APICD han consentido en imponer un programa de observadores sin precedentes a sus propias ramas de producción de atún, mientras que otras autoridades de reglamentación no han impuesto prescripciones similares.[612] En principio, no excluimos que el hecho de que la medida sobre el atún modificada establezca normas para la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que reflejen prescripciones impuestas de conformidad con el APICD pueda ser *pertinente* para la cuestión de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en el marco de párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en particular porque podría arrojar luz sobre las razones para las distinciones establecidas, así como respecto del nexo entre tales distinciones y los objetivos de la medida pertinente. No obstante, vincular *algunos* aspectos de una medida a un acuerdo internacional no puede ser suficiente, por sí solo, para demostrar que la medida no incorpora alguna clase de discriminación prohibida con arreglo al párrafo 1 del artículo 2. Además, observamos que, aunque no existe ninguna reglamentación internacional comparable al APICD respecto de todas las pesquerías de atún distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada estipula *condiciones* para esas pesquerías de atún. En la presente diferencia, la distinción reglamentaria pertinente establecida por la medida sobre el atún modificada consiste en las prescripciones aplicables a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO frente a las prescripciones aplicables a los productos de atún derivados de atún capturado en otras pesquerías. Como hemos indicado antes, evaluar la imparcialidad de la medida sobre el atún modificada requiere examinar ambos aspectos de las distinciones reglamentarias que establece. Sin embargo, el APICD es pertinente principalmente para uno de los aspectos de esta distinción reglamentaria: las prescripciones aplicables al atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Además, observamos que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación pertinentes que aplica la medida sobre el atún modificada respecto del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO *no* son idénticas a las previstas en el APICD, ni tienen el mismo alcance, en particular dado que la medida sobre el atún modificada, a diferencia del APICD, excluye del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a todos los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines.

7.169. En síntesis, teniendo en cuenta las circunstancias de la presente diferencia y la naturaleza de las distinciones establecidas en el marco de la medida sobre el atún modificada, opinamos que, al aplicar la segunda parte de la prescripción del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial estaba obligado a evaluar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de métodos de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos. Nuestro examen del informe del Grupo Especial pone de manifiesto que el análisis del Grupo Especial no incluyó un examen de los riesgos relativos para los delfines derivados de las técnicas de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos, ni de si las distinciones que establece la medida sobre el atún modificada en cuanto a las condiciones diferentes de acceso a la etiqueta *dolphin safe* se explican a la luz de los perfiles relativos. Por lo tanto, consideramos que el Grupo Especial no tuvo plenamente en cuenta "las circunstancias concretas" de este caso, con inclusión del "diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación" de la medida sobre el atún modificada, como tampoco la manera en que se habían evaluado en el procedimiento inicial circunstancias similares relativas a la medida sobre el atún inicial. Además, debido al enfoque segmentado que adoptó en sus análisis de los conjuntos diferentes de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial no aplicó debidamente el criterio jurídico que había considerado pertinente para una evaluación de la imparcialidad, a saber, "si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la

[612] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 209 y 347.

política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio".[613] Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error en sus evaluaciones independientes de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes y de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes. Por consiguiente, constatamos que, al evaluar la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no son "imparciales", el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la segunda parte de la prueba del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.3.2.3.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones, el efecto perjudicial no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

7.170. Los Estados Unidos plantean dos impugnaciones contra las constataciones del Grupo Especial concernientes a las "disposiciones relativas a las determinaciones". En primer lugar, aducen que al constatar que la "laguna" de las disposiciones relativas a las determinaciones no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, el Grupo Especial incurrió en error al realizar indebidamente la argumentación por México. En segundo lugar, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al formular sus determinaciones sobre las disposiciones relativas a las determinaciones basándose solamente en su diseño, y no en su aplicación.[614]

7.171. Antes de examinar las alegaciones de los Estados Unidos, comenzamos recordando la explicación que dio el Grupo Especial de las disposiciones relativas a las determinaciones, así como sus constataciones principales sobre estas disposiciones. Después de llegar a sus conclusiones sobre las certificaciones de los capitanes, el Grupo Especial pasó a examinar un aspecto adicional de la medida sobre el atún modificada que consideraba que influía en su análisis de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes, y tenía "cierta importancia"[615] para ese análisis. El Grupo Especial observó que los Estados Unidos habían confirmado en su respuesta a una pregunta del Grupo Especial que la determinación de mortalidad o heridas graves habituales e importantes prevista en el artículo 216.91(a)(4)(iii) del reglamento de aplicación no se aplica a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO, y que la determinación de asociación habitual e importante que puede formularse en virtud del artículo 216.91(a)(2)(i) de ese reglamento solamente se aplica a la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO.[616] En este sentido, el Grupo Especial formuló la constatación siguiente:

> [L]as disposiciones relativas a las determinaciones parecen reducir la gama de circunstancias en las que puede exigirse la presencia de observadores fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO (o en las pesquerías de pequeños buques de cerco dentro del PTO), afianzando más el trato menos favorable causado por las prescripciones en materia de certificación diferentes. Esto es así porque el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones es tal que los productos de atún similares pueden estar sometidos a prescripciones diferentes incluso cuando, como cuestión de hecho, las condiciones en una pesquería no situada en el PTO (o en una pesquería de pequeños buques de cerco dentro del PTO) son iguales que las que existen en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Nos parece, pues, que esas disposiciones representan otra manera en la que la medida sobre el atún modificada carece de imparcialidad en su trato de los distintos métodos de pesca de atún en distintos océanos y también pueden hacer más fácil que el atún capturado por medios distintos de [un] gran[] buque[] de cerco en el PTO sea etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*, modificando así las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.[617]

---

[613] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91.

[614] El otro argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no basar sus constataciones sobre las disposiciones relativas a las determinaciones en una base probatoria suficiente se examina en la siguiente subsección.

[615] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.247.

[616] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.249 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial, párrafo 295).

[617] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.258. (no se reproduce la nota de pie de página)

7.172. Además, el Grupo Especial sostuvo que "las disposiciones relativas a las determinaciones parecen ser arbitrarias en el sentido de que es difícil conciliarlas con los objetivos que se trata de alcanzar con la propia medida sobre el atún modificada o justificarlas por referencia a esos objetivos".[618] El Grupo Especial señaló que los Estados Unidos no habían explicado por qué los buques de cerco que faenan fuera del PTO no pueden ser objeto de una declaración de que causan mortalidad de delfines habitual e importante.[619] Además, el Grupo Especial expresó dudas acerca del argumento de los Estados Unidos de que la existencia y la naturaleza de la asociación entre el atún y los delfines no tienen un efecto en el grado de mortalidad o heridas graves causadas por métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines, y observó que esto parecía incompatible con la propia explicación de los Estados Unidos de las razones por las que son necesarios observadores en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[620]

7.173. Por estas razones, el Grupo Especial expresó su interpretación de que las disposiciones relativas a las determinaciones crean una "laguna" en los procedimientos de certificación aplicados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[621] El Grupo Especial hizo hincapié en que "no se puede efectuar una determinación de mortalidad habitual e importante con respecto a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO y no se puede efectuar una determinación de asociación entre el atún y los delfines habitual e importante con respecto a las pesquerías en las que no faenan buques de cerco".[622] Esto quiere decir que, en algunos casos, se puede tratar a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO de manera diferente y menos rigurosa con arreglo a la medida sobre el atún modificada, incluso cuando las condiciones que existen en esas pesquerías son iguales a las existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, ya sea desde el punto de vista del nivel de mortalidad de delfines o del grado de asociación entre el atún y los delfines. Por consiguiente, el Grupo Especial señaló que, en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones, los procedimientos de certificación diferentes carecen de imparcialidad.[623] Además, aunque un miembro del Grupo Especial haya estado en desacuerdo con la mayoría del Grupo Especial en lo que respecta a la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes previstas en la medida sobre el atún modificada, dicho miembro se mostró de acuerdo con la mayoría en que "el hecho de que no se pueda hacer una determinación de mortalidad habitual e importante con respecto a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO y el hecho de que no se pueda hacer una determinación de asociación entre el atún y los delfines habitual e importante con respecto a las pesquerías en las que no faenan buques de cerco no se han explicado ni justificado", y que, por lo tanto, ese aspecto de las prescripciones en materia de certificación diferentes es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[624]

La cuestión de si el Grupo Especial realizó indebidamente la argumentación por México al llegar a sus constataciones con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones

7.174. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones "representan otra manera" en la que las prescripciones en materia de certificación "carece[n] de imparcialidad".[625] A juicio de los Estados Unidos, "México no presentó *ningún argumento afirmativo* con respeto a las disposiciones relativas a las determinaciones en su argumentación principal correspondiente a la alegación formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2" y, en consecuencia, los Estados Unidos no presentaron argumentos refutatorios a ese respecto.[626] Sin embargo, el Grupo Especial planteó la cuestión por propia iniciativa en las preguntas que formuló por escrito a los Estados Unidos y llegó a sus conclusiones pese a que México no "vinculó explícitamente" las disposiciones relativas a las determinaciones con las alegaciones fundadas en el párrafo 1 del artículo 2 hasta que presentó sus

[618] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.259.
[619] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.260.
[620] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.261.
[621] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263.
[622] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. (no se reproducen las notas de pie de página)
[623] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.258.
[624] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.282 y 7.283.
[625] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 213 (donde se cita al informe del Grupo Especial, párrafo 7.281).
[626] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 218. (las cursivas figuran en el original)

observaciones sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial.[627] En consecuencia, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial estableció indebidamente una presunción *prima facie* por el reclamante y liberó a México de la obligación de demostrar las alegaciones que presentó al amparo del párrafo 1 del artículo 2.[628]

7.175. México rechaza la alegación de los Estados Unidos y observa que identificó las disposiciones relativas a las determinaciones en su primera comunicación escrita, donde explicó que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) no ha efectuado nunca una determinación con arreglo a esas disposiciones[629], y en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial, donde adujo que el hecho de que el USDOC no hubiera formulado ninguna de esas determinaciones era "una indicación de arbitrariedad".[630] México reconoce que no adujo que "las propias disposiciones relativas a las determinaciones dan directamente como resultado un efecto perjudicial".[631] No obstante, a juicio de México, no necesita haberlo hecho, porque el efecto perjudicial pertinente del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos lo establecieron de manera definitiva el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Además, al examinar si las disposiciones relativas a las determinaciones son imparciales, era correcto que el Grupo Especial se centrara en su "diseño, arquitectura y estructura reveladora" porque esas disposiciones "no se han aplicado nunca".[632]

7.176. Al abordar esta cuestión, recordamos en primer lugar que aunque los grupos especiales disfrutan de libertad para desarrollar su propio razonamiento y decidir en qué pruebas obrantes en el expediente desean basarse para llegar a sus constataciones[633], esas facultades no son ilimitadas. Al contrario, están limitadas por la prescripción de que el reclamante satisfaga la carga de la prueba que le incumbe presentando pruebas y argumentos que sean suficientes para establecer una presunción *prima facie* en relación con cada uno de los elementos de sus alegaciones.[634] Eso no significa que el reclamante tenga que presentar necesariamente *todas* las pruebas y argumentos pertinentes a la cuestión de la compatibilidad de la medida con los acuerdos abarcados. Sin embargo, como mínimo debe presentar argumentos y pruebas que, a falta de una refutación efectiva del demandado, permitan al grupo especial pronunciarse a su favor.[635] Los grupos especiales no pueden utilizar su facultad de formular preguntas para abonar las argumentaciones del reclamante[636] ni para suplir la falta de argumentos en nombre de una parte.[637]

7.177. Sin embargo, cuando el reclamante ha establecido una presunción *prima facie*, en principio el grupo especial puede basarse en los argumentos y pruebas obrantes en el expediente, o desarrollar su propio razonamiento para llegar a sus constataciones[638], a condición de que lo haga de manera compatible con los requisitos del debido proceso. Aunque los argumentos se pueden perfeccionar a lo largo del procedimiento[639], se debe dar a cada parte una oportunidad satisfactoria para formular observaciones sobre los argumentos y las pruebas presentados por la

[627] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 219.
[628] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 225 y 226.
[629] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 137 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 21, 41 y 290).
[630] Comunicación del apelado presentada por México (donde se hace referencia a las respuestas de México a las preguntas 21 y 22 del Grupo Especial).
[631] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 139.
[632] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 139.
[633] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 192; *CE - Hormonas*, párrafo 156; *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 166; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 280; *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 156; y *Canadá - Energía renovable/Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.215.
[634] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140; y *Estados Unidos - Camisas y blusas*, página 19.
[635] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 159; y *CE - Hormonas*, párrafo 98.
[636] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 343; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129.
[637] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 566.
[638] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 282.
[639] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 141; *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna,* párrafo 88; *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 181; y *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 121.

otra.[640] Por último, los grupos especiales no están obligados a analizar con las partes el razonamiento que se proponen desarrollar.[641] No obstante, se podrían comprometer las debidas garantías procesales cuando el grupo especial adopta un enfoque que se aparta de manera radical de los argumentos expuestos por las partes que deja a estas la tarea de suponer qué pruebas tendrían que haber aportado.[642]

7.178. Teniendo presentes estas consideraciones, describiremos brevemente la evolución de los argumentos de las partes y la indagación del Grupo Especial sobre las disposiciones relativas a las determinaciones a lo largo del procedimiento. En su primera comunicación escrita, México se refirió a las disposiciones relativas a las determinaciones señalando, entre otras cosas, que el USDOC no ha definido nunca la expresión "habitual e importante", ni ha formulado ninguna determinación de asociación habitual entre el atún y los delfines ni de mortalidad o heridas graves habituales e importantes de los delfines con respecto a pesquerías situadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[643] México se basó en la inexistencia de tales determinaciones para apoyar su tesis de que las prescripciones en materia de certificación carecen de imparcialidad.[644] Después de la reunión sustantiva el Grupo Especial envió a las partes una primera serie de preguntas para estudiar más a fondo la aplicación de las disposiciones relativas a las determinaciones por el Administrador. En respuesta a las preguntas del Grupo Especial, las dos partes confirmaron que el Administrador no ha formulado ninguna determinación de mortalidad o heridas graves habituales e importantes ni de asociación habitual e importante entre el atún y los delfines.[645]

7.179. El Grupo Especial también hizo varias preguntas a los Estados Unidos sobre el funcionamiento de las disposiciones relativas a las determinaciones. En particular, pidió a los Estados Unidos que confirmaran su interpretación de que, si el Administrador Adjunto del NMFS hace una determinación de asociación habitual e importante entre el atún y los delfines en una determinada pesquería, la cobertura por observadores así impuesta afectaría solamente a los buques de cerco (y no a todos los buques) que faenan en esa pesquería. Los Estados Unidos confirmaron la interpretación del Grupo Especial.[646] Después de recibir las respuestas escritas de las partes a su ronda inicial de preguntas, el Grupo Especial pidió además a las partes que confirmaran si tenía razón al entender que:

> ... nunca se puede exigir que en las pesquerías en que faenan buques de cerco grandes y pequeños situadas fuera del PTO haya observadores a bordo debido a "mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes". En lugar de ello, solo se puede exigir la presencia de observadores en esas pesquerías cuando hay una "asociación habitual e importante entre los delfines y el atún similar a la que existe en el PTO". Inversamente, ... solo se puede exigir que haya observadores a bordo en las pesquerías situadas fuera del PTO en las que no faenen buques de cerco y las pesquerías situadas dentro del PTO en las que faenan pequeños buques de cerco en los casos en que hay "mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes". No se puede efectuar una determinación de "asociación habitual e importante" con respecto a esas pesquerías.[647]

7.180. Al responder a esta pregunta, México sostuvo que las disposiciones relativas a las determinaciones están diseñadas de manera que: i) "incluso si los buques de cerco que faenan en una región situada fuera del PTO causan una mortalidad sustancial de delfines, esa región nunca podría ser objeto de una determinación de que hay mortalidad o heridas graves habituales e

---

[640] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150; *Australia - Salmón*, párrafo 278; y *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 270).

[641] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1137.

[642] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 2323 al párrafo 1137; y *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 347.

[643] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 289 y 290.

[644] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 295 y 304.

[645] Respuestas de México a las preguntas 21 y 22 del Grupo Especial, párrafos 93 y 95, respectivamente; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 21 y 22 del Grupo Especial, párrafos 133, 134 y 145, respectivamente.

[646] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55 del Grupo Especial, párrafo 280.

[647] Pregunta 60 del Grupo Especial a ambas partes.

importantes de delfines sobre esa base"[648]; y ii) "aunque los delfines se asocian considerablemente con la pesca con palangre ... la medida sobre el atún modificada no permite efectuar una determinación de que esa asociación en una pesquería es 'habitual e importante' de modo que se pudiera imponer una prescripción en materia de observadores para todo el atún etiquetado *dolphin safe* procedente de esa pesquería".[649] Según México, estas características de las disposiciones relativas a las determinaciones son "arbitrarias".[650] En su respuesta a la pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos indicaron que las disposiciones relativas a las determinaciones "prevén adecuadamente la *posibilidad* de que la asociación en el PTO no sea exclusiva" y que "otras pesquerías (como las de palangre, pesca con caña, etc.) también pueden ser, como la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, tan problemáticas que sería adecuado exigir una declaración de un observador que certifique la condición *dolphin safe* de los productos de atún que contienen atún capturado en esas pesquerías".[651] Además, los Estados Unidos reiteraron su tesis de que México "no había alegado" que cualquier diferencia entre los dos tipos de determinaciones es incompatible con los acuerdos abarcados y, por lo tanto, "no ha establecido una presunción *prima facie* con respecto a las [disposiciones relativas a] las determinaciones".[652] Por último, México vinculó las características de las disposiciones relativas a las determinaciones que anteriormente había caracterizado como una indicación más de "arbitrariedad"[653] con su argumento relativo a la "inexistencia de una 'conexión racional' entre" el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada y el objetivo de la medida.[654]

7.181. Al igual que el Grupo Especial, consideramos que las disposiciones relativas a las determinaciones son "parte integrante del sistema de certificación establecido por la medida sobre el atún modificada".[655] Por lo tanto, son pertinentes para el análisis de si los Estados Unidos han puesto su régimen de etiquetado *dolphin safe* en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Además, no nos parece que los Estados Unidos puedan haber desconocido las cuestiones jurídicas sobre la función de las disposiciones relativas a las determinaciones durante el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. En particular, los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación contienen varias referencias a las disposiciones relativas a las determinaciones y a su contenido.[656] Por ejemplo, el Grupo Especial inicial observó que no tenía conocimiento de que se hubiera establecido o iniciado algún proceso o procedimiento de conformidad con el régimen de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* que condujera a la activación de una determinación de mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines.[657] El Órgano de Apelación también se refirió a las disposiciones relativas a las determinaciones en relación con su análisis del papel que desempeñaría una prescripción de que un observador independiente certifique que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín para determinar si las disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* se "adaptan" a los riesgos derivados de técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines.[658] En el presente procedimiento sobre el cumplimiento las disposiciones relativas a las determinaciones están comprendidas en el mandato del Grupo Especial puesto que México las identificó en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Además, México identificó en su primera comunicación escrita las disposiciones relativas a las determinaciones como parte de su argumentación sobre la falta de imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación[659], y, como se ha expuesto *supra*, puso de relieve características fundamentales relativas al diseño de las disposiciones

[648] Respuesta de México a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 6. (no se reproduce la nota de pie de página)
[649] Respuesta de México a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 7. (no se reproduce la nota de pie de página)
[650] Respuesta de México a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafos 6 y 7.
[651] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafos 9 y 10. (las cursivas figuran en el original)
[652] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafos 15 y 16.
[653] Respuesta de México a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafos 6 y 7 (donde se hace referencia a las observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial).
[654] Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 5.
[655] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.257.
[656] Véanse el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.534-7.536, 7.538, 7.543 y 7.614; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 249 y párrafo 296 y nota 613 a dicho párrafo.
[657] Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.543.
[658] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 296 y nota 613 a dicho párrafo.
[659] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 289.

relativas a las determinaciones en respuesta a las preguntas del Grupo Especial y en sus observaciones sobre las respuestas de los Estados Unidos. Observamos además que los Estados Unidos tuvieron la posibilidad de refutar las alegaciones de México y de presentar sus propios argumentos sobre el diseño de esas disposiciones, pero decidieron no hacerlo y, en lugar de ello, sostuvieron que México "no ha[bía] establecido una presunción *prima facie* con respecto a las [disposiciones relativas a las] determinaciones".[660]

7.182. Sobre la base de nuestro examen del expediente del Grupo Especial, teniendo como telón de fondo el procedimiento inicial, no consideramos que el Grupo Especial realizara indebidamente la argumentación por México en lo que respecta a las disposiciones relativas a las determinaciones. En vista de las consideraciones anteriores, constatamos que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial realizara indebidamente la argumentación por México al constatar que, en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al formular sus constataciones sobre las disposiciones relativas a las determinaciones basándose únicamente en su diseño y no en su aplicación

7.183. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error y aplicó un análisis jurídico incorrecto, en particular al no haber analizado si las disposiciones relativas a las determinaciones apoyan una constatación de que las prescripciones en materia de certificación "están diseñadas y se aplican" de manera imparcial. Más bien, "el Grupo Especial parece haber examinado solamente cómo están *diseñadas* las disposiciones relativas a las determinaciones sin examinar también cómo se *aplican* esas disposiciones".[661] Así pues, según los Estados Unidos, no hay fundamento alguno para constatar que la aplicación de las disposiciones relativas a las determinaciones significa que las prescripciones en materia de certificación no son imparciales "en su diseño y aplicación".[662]

7.184. México responde que, para determinar si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún modificada son imparciales, el Grupo Especial estaba obligado a evaluar el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida. Puesto que las disposiciones relativas a las determinaciones son parte integrante de la medida sobre el atún modificada y, como reconocen los Estados Unidos, nunca se han aplicado, era adecuado, y de hecho obligatorio, que el Grupo Especial se centrara en su diseño, arquitectura y estructura reveladora.[663] Por lo tanto, México afirma que los Estados Unidos critican incorrectamente al Grupo Especial por haber analizado solo el "diseño" de las disposiciones relativas a las determinaciones, en lugar de examinar también cómo se "aplican" esas disposiciones. Aduciendo que los Estados Unidos no pueden indicar ninguna prueba de que se hayan aplicado las disposiciones, México afirma que fue correcto que el Grupo Especial formulara constataciones basándose en el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones.[664]

7.185. Para empezar, observamos la declaración del Grupo Especial de que las disposiciones relativas a las determinaciones "parecen haber sido diseñadas para permitir que los Estados Unidos impongan condiciones a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO cuando las condiciones existentes en las primeras se aproximan a las que existen en la segunda".[665] En particular, observamos que en la pesquería de grandes buques de cerco no

[660] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 16. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de México a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 5.

[661] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 231. (las cursivas figuran en el original)

[662] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 234 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.281).

[663] México añade que las disposiciones relativas a las determinaciones están vinculadas al argumento de los Estados Unidos de que las prescripciones de la medida sobre el atún modificada en materia de observadores independientes se "adaptan" a los posibles daños a los delfines. (Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 140.)

[664] Comunicación del apelado presentada por México, párrafos 145-147.

[665] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. El integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada también mencionó las disposiciones relativas a las determinaciones como un ejemplo de dónde la

situada en el PTO, la prescripción vigente que exige una certificación del capitán respecto de las condiciones de que "no se efectuaron lances sobre delfines" y "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" se complementa con la exigencia de una certificación de un observador respecto de esas dos condiciones cuando se ha efectuado una determinación de que existe una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante, similar a la asociación entre el atún y los delfines en el PTO. Además, con respecto a "todas las demás pesquerías", las autoridades de los Estados Unidos pueden determinar que hay mortalidad o heridas graves habituales e importantes en una pesquería específica, lo que complementaría la prescripción vigente de que un capitán presente una certificación respecto de la condición de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" exigiendo la misma certificación por un observador en esa pesquería. Al mismo tiempo, el Grupo Especial indicó que las disposiciones relativas a las determinaciones no prevén la posibilidad de que las autoridades estadounidenses formulen una determinación de mortalidad habitual e importante dentro de la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, ni una determinación de asociación entre el atún y los delfines habitual e importante dentro de "todas las demás pesquerías".[666] Los Estados Unidos confirmaron al Grupo Especial que esta interpretación era correcta.[667]

7.186. Al presentar esta alegación, los Estados Unidos parecen basarse en el razonamiento del Órgano de Apelación de que en la indagación pertinente "se evalúa la legitimidad de las distinciones reglamentarias examinando cuidadosamente si están *diseñadas y se aplican* de manera imparcial y pueden, por lo tanto, considerarse 'legítimas' a efectos del párrafo 1 del artículo 2".[668] Sin embargo, no interpretamos que esta declaración excluya que, según cuáles sean las circunstancias pertinentes de un caso concreto, pueda ser adecuado que un grupo especial centre el examen de la medida en litigio en su diseño y no también en su aplicación. En el caso que nos ocupa no se cuestiona que "no se ha determinado en ninguna pesquería situada fuera del PTO la existencia de una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines similar a la que existe en el PTO".[669] De modo similar, no se cuestiona que las autoridades de los Estados Unidos no han formulado una determinación de que en alguna pesquería perteneciente a la categoría de "todas las demás pesquerías" haya una mortalidad habitual e importante de delfines.[670] Sin embargo, no consideramos que la inexistencia de esas determinaciones demuestre de manera concluyente que las circunstancias fácticas que prevén no existen. La inexistencia de esas determinaciones tampoco dice nada acerca de si es probable que existan en el futuro las circunstancias que deberían conducir a esas determinaciones. Por estas razones, no vemos qué valor probatorio o jurídico consideran los Estados Unidos que tendría que haber atribuido el Grupo Especial a la "aplicación" de las disposiciones relativas a las determinaciones. De ello se desprende que, a diferencia de la posición de los Estados Unidos, no consideramos que, en las circunstancias actuales, el hecho de centrar la atención en el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones por sí mismo haga defectuoso el análisis del Grupo Especial.

7.187. Los Estados Unidos sostienen que los datos actuales pesquería por pesquería avalan con claridad que *no hay pruebas* para demostrar que actualmente exista una asociación habitual e importante y una mortalidad o heridas graves habituales o importantes en alguna pesquería distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[671] Al criticar al Grupo Especial por no haber examinado cómo se *aplican* las disposiciones relativas a las determinaciones, los Estados Unidos parecen no estar de acuerdo con el hecho de que el Grupo Especial nunca evaluó si las *pruebas obrantes en el expediente* establecían que existe actualmente una asociación habitual e importante o mortalidad o heridas graves habituales e importante en alguna pesquería distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[672] Sin embargo, el Grupo Especial nunca pretendió indagar el fundamento probatorio que respalda la tesis de que las autoridades de los Estados Unidos no han formulado una determinación en cuanto a la existencia de una pesquería,

---

medida sobre el atún modificada permite "que los Estados Unidos puedan imponer las mismas prescripciones en las pesquerías en las que prevalece el mismo grado de riesgo". (*Ibid*., párrafo 7.280.)

[666] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.251 y 7.252.

[667] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.252.

[668] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.92. (sin cursivas en el original)

[669] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.22.

[670] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.22.

[671] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 233.

[672] Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial llegó a su conclusión sobre las disposiciones relativas a las determinaciones "sin tener para nada en cuenta el expediente probatorio". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 235.)

distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que presente una asociación habitual e importante o mortalidad o heridas graves habituales e importantes. El Grupo Especial se centró más bien en el contenido, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida en litigio a fin de definir el ámbito de aplicación de cada una de las determinaciones pertinentes. Por lo tanto, nos parece que en cierto modo no viene al caso la afirmación de los Estados Unidos de que "no hay fundamento alguno para constatar que las prescripciones en materia de certificación, de hecho, imponen una prescripción en materia de observadores a los productos de atún procedentes de grandes buques de cerco mexicanos que operan en el PTO y no a los productos de atún procedentes de otras pesquerías 'cuando, como cuestión de hecho, las condiciones en [esa otra pesquería] son iguales que las que existen en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO'".[673]

7.188. Por las razones anteriormente expuestas, constatamos que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su evaluación de si las disposiciones relativas a las determinaciones son imparciales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.3.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD

7.189. Cada uno de los participantes plantea varias alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial de si el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos resultante de los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En cuanto al análisis realizado por el Grupo Especial de los criterios de admisibilidad, México formula tres alegaciones de error al amparo del artículo 11 del ESD. En primer lugar, México aduce que el Grupo Especial incurrió en error al modificar las constataciones fácticas que formuló en el procedimiento inicial sobre los efectos perjudiciales derivados de los lances sobre delfines.[674] La segunda impugnación de México al amparo del artículo 11 del ESD es que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que otros métodos de pesca no tienen efectos perjudiciales no observables.[675] En tercer lugar, México sostiene que el Grupo Especial afirmó incorrectamente que el Órgano de Apelación formuló la constatación de que los lances sobre delfines son más dañinos para los delfines que otros métodos de pesca.[676]

7.190. Por lo que respecta al análisis realizado por el Grupo Especial de las prescripciones en materia de certificación, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al haber llegado a una constatación con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones que no está respaldada por las pruebas obrantes en el expediente. A su vez, México plantea dos alegaciones al amparo del artículo 11 en relación con esta parte del análisis del Grupo Especial. En primer lugar, México aduce que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar argumentos y pruebas de México de que los capitanes de buques de pesca tienen un interés económico en no informar de que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines.[677] En segundo lugar, sostiene que al constatar que los lances sobre delfines tienen lugar solamente en el PTO, el Grupo Especial incurrió en error al prescindir de pruebas de que "los delfines se asocian con el atún y se efectúan deliberadamente lances sobre ellos en el Océano Índico".[678]

7.191. Antes de examinar estas distintas alegaciones de error formuladas en apelación, recordamos el criterio jurídico para establecer que un grupo especial ha actuado de manera incompatible con los deberes que le impone el artículo 11 del ESD. El Órgano de Apelación ha declarado que, para cumplir su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, un grupo especial tiene que "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas

[673] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 234 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.258).
[674] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, epígrafe V.B.2.c(i).
[675] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, epígrafe V.B.2.c(ii).
[676] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, epígrafe V.B.2.c(iii).
[677] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 139.
[678] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 143.

tengan fundamento adecuado en esas pruebas".[679] Los grupos especiales no pueden "formular constataciones afirmativas que no tengan fundamento en las pruebas contenidas en el expediente".[680] Con arreglo a estos parámetros, los grupos especiales disponen de un margen de discreción en su evaluación de los hechos.[681] Este margen incluye la facultad discrecional de determinar cuánto peso atribuye a los distintos elementos de prueba que le hayan presentado las partes.[682] Además, el mero hecho de que un grupo especial no se refiriera expresamente a todos y cada uno de los elementos de prueba en su razonamiento es insuficiente para demostrar una alegación de infracción al amparo del artículo 11.[683] Más bien, lo que tiene que hacer un participante es explicar por qué esa prueba es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no la trate expresamente ni se base expresamente en ella influye en la objetividad de su evaluación de los hechos.[684] El Órgano de Apelación también ha considerado que un participante no puede limitarse a replantear argumentos fácticos que presentó ante el grupo especial en forma de alegación basada en el artículo 11.[685] Al contrario, para que prospere una alegación al amparo del artículo 11, el Órgano de Apelación "debe[...] asegurar[se] de que el Grupo Especial se ha excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos".[686] "[N]o todo error supuestamente cometido por un grupo especial equivale a una infracción del artículo 11 del ESD"[687], sino únicamente los errores tan importantes que, "considerados conjunta o individualmente"[688], menoscaban la objetividad de la evaluación hecha por el grupo especial del asunto que se le haya sometido.[689] El Órgano de Apelación ha declarado que una alegación de que un grupo especial no ha hecho la "evaluación objetiva del asunto que se le ha[] sometido" que requiere el artículo 11 del ESD es "una alegación muy grave"[690], y el Órgano de Apelación no "interferirá sin motivos bien fundados"[691] en el ejercicio de las facultades que corresponden al grupo especial como órgano encargado de averiguar los hechos.

7.192. Como se indica *supra*, México plantea tres alegaciones de error al amparo del artículo 11 del ESD en relación con la aplicación realizada por el Grupo Especial de la prueba del "trato menos favorable" a los criterios de admisibilidad. La primera impugnación de México al amparo del artículo 11 del ESD es que el Grupo Especial incurrió en error al "modificar" las constataciones fácticas del procedimiento inicial relativas a los lances sobre delfines. En particular, México alega que sus constataciones del Grupo Especial inicial de que los lances sobre delfines en el PTO causan daños no observados a los delfines "no eran tan categóricas" en el procedimiento inicial como el Grupo Especial afirma ahora que lo eran.[692] México señala que el Grupo Especial inicial había constatado que:

---

[679] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; *CE - Hormonas*, párrafos 132 y 133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas,* párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141 y 142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161 y 162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258.

[680] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 161 y 162.

[681] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 341; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Hormonas*, párrafo 132; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *Japón - Manzanas*, párrafos 221 y 222; *Corea - Productos lácteos*, párrafos 137 y 138; *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

[682] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.

[683] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 441 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202).

[684] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

[685] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

[686] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

[687] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

[688] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1318.

[689] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.179.

[690] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.79; *China - Tierras raras*, párrafo 5.227; y *CE - Productos avícolas*, párrafo 133.

[691] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 299; *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151; y *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142.

[692] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 117.

> ... parece desprenderse que hay un cierto grado de incertidumbre en relación con la medida en que los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, más allá de la mortalidad observada. No obstante, consideramos que los Estados Unidos han presentado pruebas suficientes para que se presuma que existen auténticas preocupaciones a este respecto.[693]

7.193. Según México, aunque en el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no había pruebas nuevas sobre los efectos no observados de los lances sobre delfines en el PTO, el Grupo Especial convirtió la constatación anterior de que existen "auténticas preocupaciones" en relación con la medida en que los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, más allá de la mortalidad observada, en una constatación de "pruebas concluyentes" de efectos no observados importantes.[694]

7.194. Los Estados Unidos responden que el Grupo Especial no "modificó" la constatación formulada en el procedimiento inicial sobre los daños no observados causados por los lances sobre delfines, ni caracterizó erróneamente la constatación del Grupo Especial inicial a este respecto. Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial concluyó con exactitud que el Grupo Especial inicial formuló constataciones definitivas de que los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, aparte de la mortalidad observada.[695] Según los Estados Unidos, el Órgano de Apelación confirmó el análisis del Grupo Especial inicial de que los delfines sufren efectos perjudiciales, más allá de la mortalidad observada, derivados de los lances sobre delfines.[696]

7.195. Comenzamos señalando que México no identifica ningún párrafo concreto del informe del Grupo Especial en el que este supuestamente "modificó" las constataciones fácticas que formuló el Grupo Especial inicial sobre los efectos perjudiciales no observados en los delfines resultantes de los lances sobre delfines. Del contexto de la comunicación de México entendemos que esta alegación se refiere a las constataciones que formuló el Grupo Especial en los párrafos 7.120 a 7.122 de su informe. En estos párrafos el Grupo Especial hizo varias observaciones sobre los efectos perjudiciales no observados de los lances sobre delfines. Según el Grupo Especial, el Órgano de Apelación "constató que los lances sobre delfines son 'especialmente dañin[os] para esos animales'".[697] El Grupo Especial citó diversos efectos perjudiciales que pueden causar los lances sobre delfines "más allá de la mortalidad observada".[698] El Grupo Especial también indicó que "[e]s importante el hecho de que el Órgano de Apelación aceptó también que esos daños se producen como resultado de la 'propia caza'".[699] El Grupo Especial observó que, en consecuencia, "[el Órgano de Apelación] reafirmó la conclusión del Grupo Especial inicial de que 'los objetivos de los Estados Unidos ... de reducir al mínimo las consecuencias no observadas de los lances sobre delfines' no podrían alcanzarse si el atún capturado mediante lances sobre delfines reuniera las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*".[700] A continuación el Grupo Especial expresó su interpretación de que "el Órgano de Apelación constató claramente que los lances sobre delfines causan daños observados y no observados a delfines".[701]

7.196. México alega que "[l]as constataciones del Grupo Especial inicial de que los lances sobre delfines en el PTO causan daños no observados a los delfines no fueron tan categóricas en el

---

[693] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 117 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.504). (el subrayado es de México)

[694] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 118.

[695] Los Estados Unidos señalan que "la constatación del Grupo Especial inicial era que 'más allá de la mortalidad observada, los lances sobre delfines pueden causar diversos efectos perjudiciales'". Indican también que "el Grupo Especial inicial había constatado que aunque había cierta incertidumbre acerca del 'alcance' de estos efectos, las pruebas de los Estados Unidos habían establecido una presunción de que 'existen auténticas preocupaciones' a ese respecto". (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 109 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.737).)

[696] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 110 y 111.

[697] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.120 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289).

[698] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.120 (donde se cita, sin precisarlo, el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.499).

[699] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.121.

[700] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.121 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.613).

[701] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.122.

procedimiento inicial como el Grupo Especial afirma ahora que lo eran".[702] A este respecto, consideramos que es importante aclarar que, en los párrafos 7.120 a 7.122 de su informe, el Grupo Especial *no* se estaba refiriendo a las constataciones del Grupo Especial inicial, sino que, más bien, estaba describiendo su interpretación de las constataciones a que llegó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. En cualquier caso, las referencias del Grupo Especial al informe del Órgano de Apelación a nuestro juicio no describen erróneamente las constataciones que se formularon el procedimiento inicial sobre la existencia de efectos no observados en los delfines. Recordamos que en una subsección de su informe titulada "Constataciones no controvertidas del Grupo Especial", el Órgano de Apelación hizo las siguientes observaciones:

> El Grupo Especial [inicial] observó también que "hay un cierto grado de incertidumbre en relación con la medida en que los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, más allá de la mortalidad observada". Pese a ello, [el Grupo Especial inicial] determinó "que los Estados Unidos han presentado pruebas suficientes para que se presuma que existen auténticas preocupaciones a este respecto". El Grupo Especial [inicial] constató asimismo que los Estados Unidos habían presentado pruebas suficientes para sustentar una presunción "de que el método de los lances sobre delfines 'puede' tener como resultado efectos perjudiciales observados y no observados en los delfines".[703]

7.197. El informe del Órgano de Apelación también muestra que, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia en el procedimiento inicial, México aceptó que los "lances sobre delfines dentro del PTO puede ... tener como resultado efectos observados y *no observados* en los delfines".[704] De ello se deduce que, a nuestro juicio, el Grupo Especial reiteró la esencia de las constataciones del Órgano de Apelación cuando indicó que "el Órgano de Apelación constató claramente que los lances sobre delfines causan daños observados y no observados a delfines".[705] Por consiguiente, no estamos de acuerdo con México en que las constataciones del Grupo Especial relativas a los daños no observados a los delfines como consecuencia de los lances sobre esos animales son de algún modo "más categóricas" que en el procedimiento inicial, ni en que el Grupo Especial infringió el artículo 11 del ESD al llegar a esas constataciones.

7.198. La segunda impugnación de México al amparo del artículo 11 del ESD es que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines no tienen efectos perjudiciales no observables. Según México, en los párrafos 7.132 y 7.134 de su informe el Grupo Especial constató que *todos* los efectos sobre los delfines causados por otros métodos de pesca serían "observables" si una persona cualificada estuviera atenta a ellos. A juicio de México, se trata de un error de hecho dado que había presentado pruebas de que no todos los efectos son observables.[706] En particular, México aduce que el Grupo Especial hizo caso omiso de pruebas que presentó sobre la pesca con redes agalleras y con palangre que demuestran que no todos los efectos resultantes de técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines son observables.

7.199. En respuesta, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que otros métodos de pesca no tienen efectos no observables similares a los que conllevan los lances sobre delfines en el PTO. Contrariamente a lo que México argumenta, el examen detallado que hizo el Grupo Especial de las pruebas sobre esta cuestión satisfacía claramente las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD. La constatación del Grupo Especial de que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines no causan "los tipos de daños no observables que causan dichos lances"[707] está ampliamente respaldada por pruebas obrantes en el expediente y pone de manifiesto que se sopesaron y contrastaron esas pruebas conforme a lo dispuesto en el artículo 11.

7.200. Empezamos señalando que la esencia de la alegación de México es que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que otros métodos de pesca no tienen efectos perjudiciales no

[702] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 117.
[703] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 246. (no se reproducen las notas de pie de página)
[704] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 251. (sin cursivas en el original; no se reproducen las notas de pie de página) Véase también la nota 513 al párrafo 246.
[705] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.122.
[706] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 120 y 121.
[707] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.131 y 7.134.

observables. Sin embargo, esta no es una caracterización exacta de las constataciones que formuló el Grupo Especial. Contrariamente a lo que afirma México, el Grupo Especial no constató que *todos* los efectos en los delfines de otros métodos de pesca serían "observables" si una persona cualificada estuviera atenta a ellos. En lugar de ello, en el párrafo 7.132 el Grupo Especial constató que ninguna de las pruebas presentadas por México acerca de los efectos en los delfines causados por otros métodos de pesca "indica que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causen los mismos tipos de daños no observables que causan los lances de redes" (es decir, los lances sobre delfines).[708] En el párrafo 7.134, el Grupo Especial rechazó la afirmación de México de que los Estados Unidos habían admitido que "métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan el tipo de daños no observables que sufren los delfines como 'resultado de la propia caza'".[709] Por consiguiente, contrariamente a lo que afirma México, no interpretamos que el razonamiento del Grupo Especial incluya ninguna constatación de que *todos* los efectos perjudiciales en los delfines causados por otros métodos de pesca serían "observables" si una persona cualificada estuviera atenta a ellos.

7.201. Observamos además que, al plantear esta alegación de error al amparo del artículo 11 del ESD, México parece estar esgrimiendo de nuevo el argumento que presentó al Grupo Especial y pidiéndonos que atribuyamos a sus pruebas mayor importancia de la que les asignó el Grupo Especial. Esa petición no es compatible con el alcance del examen en apelación ni una forma adecuada de establecer una infracción del artículo 11 del ESD.[710] En todo caso, discrepamos de la afirmación de México de que el Grupo Especial "ni siquiera mencionó" las pruebas sobre los efectos perjudiciales en los delfines causados por la pesca en la que se utilizan redes agalleras y palangres.[711] El análisis que hemos hecho del informe del Grupo Especial pone de manifiesto, más bien, que el Grupo Especial examinó efectivamente pruebas sobre la pesca con redes agalleras en el párrafo 7.130, y pruebas sobre la pesca con palangre en el párrafo 7.131 de su informe.

7.202. Por las razones anteriormente expuestas, consideramos que México no ha justificado debidamente su alegación fundada en el artículo 11 del ESD, ni ha establecido que el Grupo Especial constató que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines no tienen efectos perjudiciales no observables.

7.203. En la tercera impugnación que presenta al amparo del artículo 11 del ESD, México nos pide que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que el Órgano de Apelación formuló una constatación fáctica de que "los lances sobre delfines con arreglo a las normas del APICD son más dañinos para los delfines que otros métodos de pesca".[712] Al presentar sus argumentos sobre esta cuestión México se remite a la siguiente declaración del Grupo Especial:

> El Órgano de Apelación constató que los lances sobre delfines son "especialmente dañin[os] para esos animales", porque:
>
> > [M]ás allá de la mortalidad observada, los lances sobre delfines pueden causar diversos efectos perjudiciales, incluidos la separación de madres y crías durante la caza y el cercamiento, que amenaza la supervivencia de la cría y agrega víctimas al número de muertes observadas, y daños musculares, fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo y otras consecuencias perjudiciales para la salud de los delfines.[713]

7.204. México pone de relieve que el texto citado que el Grupo Especial atribuyó al Órgano de Apelación en realidad es una cita del informe del Grupo Especial inicial, que no figura en el informe del Órgano de Apelación. México también se remite al párrafo 260 del informe del Órgano de Apelación, donde este señaló que el Grupo Especial inicial había diferenciado entre los riesgos causados por los lances sobre delfines *antes* de que se adoptaran los controles del APICD (lances sobre delfines no regulados), y los lances sobre delfines que están regulados por las normas del APICD. Sobre esta base, México aduce que, cuando se lee en su contexto, "el Órgano de

[708] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.132.
[709] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.134.
[710] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.
[711] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 121 y 122.
[712] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 130.
[713] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 125 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.120).

Apelación no constató, ni dio a entender, que [los lances sobre delfines] sean más dañinos para los delfines que otros métodos de pesca cuando el método de efectuar lances sobre los delfines está regulado con arreglo al APICD".[714] Por el contrario, México considera que el Órgano de Apelación reafirmó la constatación del Grupo Especial inicial de que los delfines se enfrentan a riesgos "equivalentes" resultantes de los lances sobre delfines regulados por el APICD y de otros métodos de pesca.[715]

7.205. Los Estados Unidos rechazan las alegaciones de error formuladas por México. A su juicio, en el procedimiento inicial se resolvió claramente que los lances sobre delfines, incluso los realizados conforme al régimen del APICD, causan diversos efectos perjudiciales "más allá de la mortalidad observada". Además, "del informe del Órgano de Apelación se desprende con claridad que la constatación de que los lances sobre delfines son 'especialmente dañin[os] para esos animales' no se limitaba a los lances sobre delfines distintos de los efectuados conforme al régimen del APICD".[716]

7.206. Al examinar la tercera impugnación de México al amparo del artículo 11 del ESD, comenzamos indicando que el párrafo del informe del Grupo Especial que impugna México no dice nada sobre los *daños relativos* que conllevan los lances sobre delfines, por una parte, en comparación con los que conllevan otros métodos de pesca, por otra. En el párrafo identificado por México el Grupo Especial examina únicamente el método de pesca mediante lances sobre delfines. Los términos que utiliza el Grupo Especial son en cierto modo desafortunados por cuanto pueden interpretarse en el sentido de que dan a entender que el propio Órgano de Apelación "constató" que los lances sobre delfines son "especialmente dañin[os] para esos animales".[717] Lo que realmente dijo el Órgano de Apelación, como también indica México[718], fue que el Grupo Especial inicial parecía haber "acept[ado] el argumento de los Estados Unidos de que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales".[719] Además, aunque México tiene razón en que el pasaje que cita el Grupo Especial procede del informe del Grupo Especial inicial y no del informe del Órgano de Apelación, no consideramos que esto por sí solo equivalga a un error en el marco del artículo 11, especialmente habida cuenta de que el Órgano de Apelación se refirió precisamente a estos tipos de daños en su informe. Concretamente, al examinar la apelación que presentaron los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación tomó nota de la constatación del Grupo Especial inicial, "que no ha sido cuestionada por los participantes, de que los delfines sufren a causa de los lances sobre delfines efectos perjudiciales más allá de la mortalidad observada, incluso cuando se cumplen las restricciones establecidas en las normas del APICD".[720] En las notas a esta observación el Órgano de Apelación se refirió a las declaraciones del Grupo Especial inicial sobre los efectos no observados que se producen "como resultado de la propia caza"[721] y a los ejemplos que dio el Grupo Especial inicial de estos diversos efectos perjudiciales.[722]

7.207. No vemos ninguna justificación en esta alegación de error presentada por México al amparo del artículo 11 del ESD. México tampoco ha establecido que el Grupo Especial formulara una constatación "de que el método de efectuar lances sobre los delfines es más dañino para esos animales que otros métodos de pesca cuando ese método está regulado con arreglo al APICD", ni ha identificado ningún problema con las declaraciones que hizo el Grupo Especial acerca de la utilización por el Órgano de Apelación de la frase "especialmente dañin[os]" en relación con el

[714] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 129.
[715] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 129 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 260-281).
[716] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 128.
[717] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.120 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289).
[718] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 126.
[719] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.
[720] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 330 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.491-7.506)
[721] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 664 al párrafo 330 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.504).
[722] El Órgano de Apelación mencionó los siguientes ejemplos que dio el Grupo Especial inicial de los diversos efectos perjudiciales que se producen "como resultado de la propia caza": la separación de madres y crías; posibles lesiones musculares derivadas de la persecución; fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo; y otras consecuencias perjudiciales para la salud de los delfines, como el estrés agudo continuo". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 663 al párrafo 330) (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.491-7.506).)

método de pesca mediante lances sobre delfines. Observamos además que los argumentos de México para apoyar esta alegación de error son someros y no explican por qué cualquier supuesto error cometido por el Grupo Especial alcanzaría el nivel exigido para establecer una infracción del artículo 11 del ESD.

7.208. Por todas las razones anteriores, constatamos que México no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con el artículo 11 del ESD, en su análisis de la compatibilidad de los criterios de admisibilidad establecidos en la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.209. Pasamos a examinar las alegaciones de los participantes en relación con el análisis de las prescripciones en materia de certificación realizado por el Grupo Especial. Empezamos por la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las disposiciones relativas a las determinaciones.

7.210. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al llegar a una constatación que no está respaldada por las pruebas que constan en el expediente. Recuerdan que el Grupo Especial expresó preocupación por dos "lagunas" concretas de las disposiciones relativas a las determinaciones.[723] La primera "laguna" que identificó el Grupo Especial se produciría dentro de la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO en la que haya una mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines sin que exista una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines. Los Estados Unidos señalan que las pruebas demuestran que existe una correlación positiva directa entre asociación y mortalidad o heridas graves habituales e importantes observadas en las pesquerías en las que se utilizan redes de cerco. En consecuencia, "las pruebas demuestran que en realidad no se produce una 'laguna' como la prevista por el Grupo Especial: no hay pruebas en el expediente de que exista una pesquería en la que faenen buques de cerco donde se esté produciendo una mortalidad 'habitual e importante' sin que también exista una asociación entre el atún y los delfines".[724] Los Estados Unidos indican que, a juicio del Grupo Especial, la segunda "laguna" se produciría en una pesquería en la que no faenen buques de cerco en la que haya una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante sin que exista una mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines. Los Estados Unidos consideran que el análisis del Grupo Especial parece ser una "afirmación contraproducente"[725], porque, si el Grupo Especial tiene razón en que el riesgo de mortalidad o heridas graves está positivamente correlacionado con la existencia de una asociación entre el atún y los delfines en las pesquerías en las que no faenan buques de cerco, en ese caso toda asociación habitual e importante implicaría que existe una mortalidad o heridas graves habituales e importantes. En una situación así "la pesquería en la que no faenan buques de cerco no estaría incluida en absoluto en una 'laguna' sino que estaría designada de conformidad con [el artículo] 216.91(a)(4)(iii)".[726]

7.211. México no está de acuerdo con el argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que hay dos "lagunas" en las disposiciones relativas a las determinaciones. Aduce que hay muchas pruebas en el expediente para respaldar las constataciones del Grupo Especial.[727] Además, a juicio de México, era "razonable y adecuado que el Grupo Especial concluyera que la asociación de delfines con métodos de pesca distintos de las redes de cerco podría ser dañina para esos animales y que la

[723] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 237-239.
[724] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 245.
[725] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 247.
[726] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 247.
[727] México recuerda que en el procedimiento inicial el Grupo Especial constató que existen "pruebas sólidas de que también se producen de manera habitual e importante mortalidad y heridas graves de delfines fuera del PTO". (Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 149 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.543).) México también menciona pruebas sobre los daños que causan a los delfines otros métodos de pesca, como los hechos no controvertidos de que los delfines son atraídos para comer los peces capturados en anzuelos o en redes agalladeras, y que el USDOC ha designado la pesquería en la que se utilizan palangres del piélago atlántico como pesquería de la "Categoría I" debido a las interacciones frecuentemente documentadas con mamíferos marinos. (*Ibid*., párrafo 149 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 141).)

pesca con redes de cerco podría causar mortalidad de delfines aunque una región oceánica no presentara una asociación entre el atún y los delfines similar a la del PTO".[728]

7.212. Entendemos que la esencia de la alegación de los Estados Unidos es que el razonamiento y las constataciones del Grupo Especial sobre las disposiciones relativas a las determinaciones no se basaron en pruebas "suficientes" y, en consecuencia, que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al formular esas constataciones. Los Estados Unidos sostienen que es incorrecto pensar que existen dos "lagunas" en las disposiciones relativas a las determinaciones.

7.213. Nuestra evaluación de los argumentos de los Estados Unidos pone de manifiesto que varios de ellos están destinados a demostrar que *no* existen *pruebas* en expediente que respalden la conclusión de que hay alguna pesquería, distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en la que existe asociación habitual e importante entre el atún y los delfines o mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines. Hemos examinado y desestimado *supra* este argumento en el contexto de la impugnación de los Estados Unidos contra la aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 2 a las disposiciones relativas a las determinaciones. Recordamos que el Grupo Especial nunca pretendió investigar la base probatoria que respalda la afirmación de que las autoridades de los Estados Unidos no han formulado determinaciones en cuanto a la existencia de una pesquería, distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que presente una asociación habitual e importante entre atunes y delfines o mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines. En lugar de ello, el Grupo Especial se estaba centrando en el contenido, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida en litigio a fin de definir el ámbito de aplicación de cada una de las determinaciones pertinentes. El Grupo Especial estaba por tanto presentando una serie de situaciones hipotéticas acerca de la aplicabilidad de las disposiciones relativas a las determinaciones a las distintas pesquerías que están sujetas a la medida sobre el atún modificada.

7.214. En vista de las consideraciones anteriores, constatamos que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD en su análisis de la compatibilidad de las disposiciones relativas a las determinaciones establecidas en la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.215. A continuación examinamos las alegaciones de México de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD en su análisis de las prescripciones en materia de certificación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En su primera alegación México afirma que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar su argumento y sus pruebas de que los capitanes de los buques de pesca tienen un interés económico en no informar de que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines.[729] México afirma que, a pesar de su constatación de que "[l]os documentos presentados por México parecen indicar indudablemente que ha habido casos en que las certificaciones de los capitanes no han sido fiables"[730], el Grupo Especial se negó a "sacar las conclusiones inevitables de esas pruebas".[731] En consecuencia, México sostiene que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto "porque mezcló la fiabilidad de los capitanes en general con la fiabilidad, de manera específica, de las autocertificaciones de los capitanes con respecto a la condición '*dolphin safe*' del atún para acceder a la ventaja comercial de la etiqueta estadounidense", y nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que "las certificaciones *dolphin safe* de los capitanes son siempre fiables".[732]

7.216. En respuesta, los Estados Unidos afirman que las constataciones del Grupo Especial sobre la fiabilidad de las certificaciones de los capitanes no fueron incompatibles con el artículo 11 del ESD. Según los Estados Unidos, México aduce erróneamente que el Grupo Especial no entendió que el argumento de México se refería a la situación concreta de los capitanes que expiden certificaciones *dolphin safe*. Al contrario, "el Grupo Especial describió el argumento de México

[728] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 151.
[729] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 139.
[730] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 139 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.209; y se hace referencia al párrafo 7.596).
[731] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 139.
[732] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 142.

como relativo a que 'hay un incentivo financiero para que los capitanes certifiquen que su captura es *dolphin safe* incluso cuando no lo es'".[733] Los Estados Unidos tampoco están de acuerdo en que el Grupo Especial incurriera en error al constatar que México no había establecido que las declaraciones de los capitanes no sean fiables, porque la constatación del Grupo Especial "estaba respaldada por una cantidad importante de pruebas obrantes en el expediente, que México no afronta al formular esta apelación".[734] Los Estados Unidos indican que México "no articula ningún fundamento para constatar que el Grupo Especial se excedió de sus facultades como órgano encargado de determinar los hechos, ni que la constatación del Grupo Especial no se basó en una ponderación de las pruebas de que disponía", ni "alega que el trato que dio el Grupo Especial a las pruebas menoscabó su objetividad".[735] En consecuencia, los Estados Unidos llegan a la conclusión de que se debe desestimar la alegación de México.

7.217. Para empezar, señalamos que, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México indicó que esta alegación es una impugnación de la aplicación del derecho a los hechos por el Grupo Especial y una impugnación de que el Grupo Especial actuó de forma incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD. Recordamos que el Órgano de Apelación ha manifestado que, "en la mayoría de los casos una cuestión será *o bien* una cuestión de aplicación del derecho a los hechos o una cuestión de evaluación objetiva de los hechos, y no ambas cosas".[736] Las alegaciones que afectan a la evaluación de los hechos y las pruebas realizada por un grupo especial están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 11 del ESD.[737] El argumento principal de México es que el Grupo Especial no hizo "una evaluación objetiva" porque "se negó a sacar las conclusiones inevitables de [determinadas] pruebas"[738] y porque "mezcló la fiabilidad de los capitanes en general con la fiabilidad, de manera específica, de las autocertificaciones de los capitanes con respecto a la condición '*dolphin safe*' del atún".[739] En vista de la naturaleza de los argumentos de México, que a nuestro juicio se refieren a la ponderación de las pruebas por el Grupo Especial, analizamos la alegación de México como una impugnación contra las constataciones del Grupo Especial en el marco del artículo 11 del ESD.

7.218. Tras haber formulado esta observación preliminar, señalamos también que México nos pide que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que las "certificaciones *dolphin safe* de los capitanes son siempre fiables".[740] El análisis que hemos hecho del informe del Grupo Especial pone de manifiesto que, en realidad, el Grupo Especial *no* formuló tal constatación. Más bien, después de examinar los argumentos y las pruebas presentadas por cada parte, el Grupo Especial consideró que las pruebas presentadas por los Estados Unidos eran un "hecho muy pertinente y probatorio" de que "numerosas organizaciones y acuerdos regionales e internacionales se basan en las certificaciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora".[741] A juicio del Grupo Especial, este hecho creaba "una fuerte presunción de que, desde un punto de vista sistémico, esas certificaciones son fiables".[742] A continuación el Grupo Especial reconoció expresamente que las pruebas de México "parec[ía]n indicar ... que ha habido casos en que las certificaciones de los capitanes no han sido fiables".[743] Sin embargo, el Grupo Especial observó que estas pruebas no eran suficientes para refutar la demostración general de los Estados Unidos acerca de la fiabilidad de las certificaciones de los capitanes.[744] Además, tampoco convenció al Grupo Especial la argumentación de México sobre los incentivos económicos que tienen los capitanes.[745]

---

[733] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 142 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.198).

[734] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 145.

[735] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 147. (no se reproducen las notas de pie de página)

[736] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 955 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles,* párrafo 872 (las cursivas figuran en el original)).

[737] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 955.

[738] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 139.

[739] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 142.

[740] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 142.

[741] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.208.

[742] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.208.

[743] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.209.

[744] En particular, el Grupo Especial concluyó que "el hecho de que regímenes nacionales, regionales e internacionales hayan seguido basándose en las certificaciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora, aun cuando se han notificado casos de incumplimiento, parece indicar que no se debe considerar que esos

7.219. Como ha establecido el Órgano de Apelación, los grupos especiales disponen de un margen de discrecionalidad en la evaluación de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD.[746] Un grupo especial no incurre en error simplemente porque se niegue a dar a las pruebas el peso que una de las partes considera que se le debe atribuir.[747] En la presente alegación, México *no* señala ninguna prueba documental concreta que el Grupo Especial interpretara erróneamente o no tomara en consideración. Tampoco señala errores en relación con la objetividad del Grupo Especial en la evaluación de las pruebas. En consecuencia, consideramos que México no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que "México no ha[bía] satisfecho la carga que le correspondía de acreditar *prima facie* que las certificaciones de los capitanes no son fiables porque hay un incentivo financiero para que los capitanes no informen con exactitud sobre la condición *dolphin safe* del atún".[748]

7.220. En su segunda alegación al amparo del artículo 11 del ESD, México aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su constatación de que los lances sobre delfines solo tienen lugar en el PTO.[749] Según México, "[e]l hecho de que el Grupo Especial ni siquiera mencionara, y mucho menos abordara, las pruebas que México presentó de que los delfines se asocian con el atún y de que se efectúan lances sobre ellos deliberadamente en el Océano Índico fue incompatible con las obligaciones del Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD".[750] México señala que el Grupo Especial no mencionó ni abordó la Prueba documental MEX-161.[751] Según México, la Prueba documental MEX-161, que es un informe del Dr. R. Charles Anderson titulado *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Western and Central Indian Ocean* (Cetáceos y pesquerías de atún en el Océano Índico Occidental y Central)[752], contiene una análisis amplio y científico de la mortalidad de los delfines en la pesquería de atún del Océano Índico.[753] México sostiene que "la negativa del Grupo Especial a examinar esta prueba crucial desempeñó un papel fundamental en su constatación de que no se necesitan observadores independientes fuera del PTO para garantizar la exactitud de las afirmaciones de la condición *dolphin safe*".[754]

7.221. Los Estados Unidos rechazan la apelación de México y afirman que "México no ha cumplido el criterio estricto que se exige para que prospere una alegación relativa al artículo 11".[755] Aducen, en primer lugar, que el Grupo Especial cumplió las obligaciones que le impone el artículo 11 ya que analizó las pruebas y los argumentos de México sobre la existencia de lances sobre delfines fuera del PTO.[756] Los Estados Unidos indican que el Grupo Especial reconoció la existencia de la Prueba documental MEX-161 en una cita que figura en otra parte del informe del Grupo Especial.[757] En consecuencia, el Grupo Especial "tenía facultades discrecionales para decidir 'qué pruebas el[egiría] para utilizarlas en sus conclusiones' y el hecho de que no se basara en una de las pruebas documentales de México en un lugar determinado no es suficiente para establecer una

---

casos de incumplimiento debilitan gravemente la fiabilidad general de las certificaciones de los capitanes". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.209.)

[745] A juicio del Grupo Especial, México no presentó pruebas para demostrar que es poco probable que los capitanes informen con exactitud de la mortalidad o las heridas graves de delfines. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210.)

[746] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 341; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Hormonas*, párrafo 132; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Corea - Productos lácteos*, párrafos 137 y 138; y *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

[747] Informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; y *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 164.

[748] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.211.

[749] México observa que el Grupo Especial rechazó su posición, declarando que, "aunque puede ocurrir ocasional e incidentalmente que se efectúen lances sobre delfines fuera del PTO, solo dentro del PTO se practican esos lances uniforme o 'sistemáticamente'". (Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 143 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.242).)

[750] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 143.

[751] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 144 y 145.

[752] R. C. Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Western and Central Indian Ocean*, International Pole and Line Foundation, informe técnico Nº 2 (Londres, 2014) (Prueba documental MEX-161 presentada al Grupo Especial).

[753] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 143 y 144.

[754] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 146.

[755] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 160.

[756] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 156 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, nota 134 al párrafo 7.46).

[757] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 156 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, nota 134 al párrafo 7.46).

infracción del artículo 11".[758] Los Estados Unidos sostienen que, en cualquier caso, la Prueba documental MEX-161 "en modo alguno menoscaba la constatación del Grupo Especial", puesto que el informe que figura en dicha prueba documental no menciona que "los lances sobre delfines, en la manera en que se producen en el PTO -que supone la caza de delfines para capturar el atún- se produzcan *alguna vez fuera* del PTO" y no indica que "el tipo de 'asociación' que explotan los grandes buques de cerco del PTO ... se produzca en algún lugar fuera del PTO".[759]

7.222. La alegación principal de México en apelación es que el Grupo Especial no examinó las pruebas incluidas en la Prueba documental MEX-161, que a su juicio indica que los delfines se asocian con el atún y se realizan deliberadamente lances sobre ellos en el Océano Índico. Según México, esto constituye un incumplimiento de las obligaciones que corresponden al Grupo Especial a tenor del artículo 11 del ESD.

7.223. Para comenzar, observamos que México señala acertadamente que el Grupo Especial no examinó la Prueba documental MEX-161 en la parte del informe que trata de las prescripciones en materia de certificación.[760] Sin embargo, esto no equivale necesariamente a un incumplimiento de las obligaciones del Grupo Especial a tenor del artículo 11 del ESD. Como ha establecido el Órgano de Apelación, el mero hecho de que un grupo especial no se refiriera expresamente a todos y cada uno de los elementos de prueba en su razonamiento es insuficiente para demostrar una alegación de infracción al amparo del artículo 11.[761] De hecho, entra dentro de las facultades discrecionales del Grupo Especial al evaluar los hechos "decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones"[762] y determinar qué peso atribuye a los distintos elementos de prueba que le hayan presentado las partes.[763]

7.224. Además, observamos que el contenido de la Prueba documental MEX-161 es plenamente compatible con las constataciones del Grupo Especial. Efectivamente, señalamos que, ante el Grupo Especial, México adujo que "'se han avistado asociaciones entre atún y delfines y se han realizado lances deliberados sobre ellas' fuera del PTO, y, por consiguiente, el hecho de que no existan observadores independientes fuera del PTO es injustificable".[764] Después de analizar las pruebas presentadas por las dos partes, el Grupo Especial no quedó convencido por los argumentos y las pruebas de México. Observamos que, en respuesta al argumento de México, el Grupo Especial reconoció que las pruebas presentadas por México parecen indicar que "puede haber una cierta interacción entre el atún y mamíferos marinos, incluidos los delfines, fuera del PTO".[765] Sin embargo, el Grupo Especial *también* señaló que "los delfines del Océano Atlántico, el Océano Índico y el Océano Pacífico Occidental [no se asocian con el atún] tan sistemáticamente como los del Océano Pacífico Tropical Oriental".[766] Este pasaje revela que el Grupo Especial efectivamente reconoció y aceptó la existencia de asociación entre el atún y los delfines en el Océano Índico, que es una de las cuestiones que se tratan en la Prueba documental MEX-161. Observamos además que, aunque en esta prueba documental se concluye que "los delfines y el

[758] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 156 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178).

[759] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos párrafo 159 (donde se hace referencia a Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*). (las cursivas figuran en el original)

[760] Señalamos que el Grupo Especial efectivamente reconoció la existencia de la Prueba documental MEX-161 puesto que se refirió a ella en una parte diferente de su informe. (Informe del Grupo Especial, nota 134 al párrafo 7.46.) No obstante, observamos que esta referencia del Grupo Especial no guardaba relación con la cuestión de la frecuencia de la asociación entre el atún y los delfines y las prácticas de efectuar lances fuera del PTO, sino que la utilizó para respaldar la afirmación de que hay pruebas limitadas sobre la incidencia de la mortalidad de delfines en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. (*Ibid*.)

[761] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafos 441 y 442; *Brasil - Neumáticos recauchutados,* párrafo 202.

[762] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135.

[763] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.

[764] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.241 (donde se cita la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 113).

[765] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.241.

[766] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.241 (donde se cita al Servicio Nacional de Pesca Marítima, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Oceans*, informe administrativo LJ-96-20 (noviembre de 1996) (México - Prueba documental 40 presentada al Grupo Especial), página 2).

atún se asocian efectivamente en el [Océano Índico Occidental (OIO)]"[767], también se observa que "el único estudio comparativo de los cetáceos del OIO y el PTO ... indicaba que los bancos de atún y delfines se veían con menos frecuencia en el OIO que en el PTO".[768] Esta observación procedente de la Prueba documental MEX-161 también parece estar en consonancia con las constataciones antes mencionadas del Grupo Especial.

7.225. Además, señalamos que el Grupo Especial indicó que, "aunque puede ocurrir ocasional e incidentalmente que se efectúen lances sobre delfines fuera del PTO, solo dentro del PTO se practican esos lances uniforme o 'sistemáticamente'".[769] Este pasaje demuestra que, a diferencia de lo que afirma México, el Grupo Especial nunca formuló la constatación de que "los lances sobre delfines solo se realizan en el PTO".[770] Por el contrario, el Grupo Especial reconoció que es posible que "ocasional e incidentalmente" se efectúen lances sobre delfines fuera del PTO. En la Prueba documental MEX-161 se señala que "es posible que se hayan efectuado más lances sobre delfines en el Océano Índico Occidental que aquellos de los que se ha informado".[771] Al mismo tiempo, esta prueba documental también indica que "[e]sto no implica que la pesquería atún-delfín en el Océano Índico Occidental sea de la misma escala que la del PTO".[772] En el estudio se llega a la conclusión de que "[l]a verdadera escala de la pesca con redes de cerco sobre los bancos asociados con delfines en el Océano Índico Occidental es por tanto una cuestión sin resolver".[773] A nuestro juicio estos pasajes indican también que las constataciones del Grupo Especial relativas a la utilización de la técnica de pesca de efectuar lances sobre delfines en pesquerías situadas fuera del PTO son compatibles con las conclusiones que figuran en la Prueba documental MEX-161.

7.226. Por las razones anteriores, llegamos a la conclusión de que aunque el Grupo Especial no se refirió expresamente a la Prueba documental MEX-161 en el contexto de su evaluación de las prescripciones en materia de certificación, esto, en sí y por sí mismo, no basta para demostrar una infracción del artículo 11 del ESD.[774] Los pasajes de la Prueba documental MEX-161 que ha citado México demuestran que el contenido de esa prueba es totalmente compatible con las constataciones del Grupo Especial y no indican que exista una asociación generalizada del atún y los delfines o una utilización generalizada de la técnica de pesca de efectuar lances sobre delfines fuera del PTO.

7.227. Por todas las razones anteriores, constatamos que México no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con el artículo 11 del ESD, en su análisis de la compatibilidad de las prescripciones en materia de certificación establecidas en la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.3.4 Conclusiones generales sobre el análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.228. Hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de si la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.229. En cuanto al análisis que hizo el Grupo Especial de si el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, no hemos observado ningún error en la articulación del Grupo Especial de la norma jurídica. Sin embargo,

---

[767] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 145 (donde se cita a Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*, página 63).

[768] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 145; y comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 158 (en ambos casos se cita a Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*, página 63).

[769] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.242.

[770] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, epígrafe VI.B.

[771] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 145 (donde se cita a Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*, página 67).

[772] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 145 (donde se cita a Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*, página 67).

[773] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 145 (donde se cita a Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries*, página 67).

[774] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafos 441 y 442; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202.

hemos constatado un error en la "reafirma[ción]" por el Grupo Especial de la supuesta "constatación" del Órgano de Apelación de que "los criterios de admisibilidad son imparciales y, por consiguiente, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[775] También hemos constatado que, teniendo presentes las circunstancias de esta diferencia y la naturaleza de las distinciones establecidas en virtud de la medida sobre el atún modificada, el Grupo Especial incurrió en error al no considerar si las diferencias en los riesgos relativos de daño resultantes para los delfines de distintas técnicas de pesca en distintas zonas de los océanos explican o justifican las diferencias en las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación aplicadas dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Además, hemos indicado que, debido al enfoque segmentado que adoptó en su análisis de los conjuntos diferentes de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial no aplicó correctamente la prueba jurídica que había identificado como pertinente para una evaluación de la imparcialidad, a saber, "si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio".[776]

7.230. Considerados conjuntamente, los errores que hemos identificado en las dos partes del análisis que hizo el Grupo Especial del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC constituyen un error en la aplicación de esa disposición a la medida sobre el atún modificada y privan a las constataciones definitivas formuladas por el Grupo Especial en virtud del mismo de un fundamento jurídico adecuado. En consecuencia, revocamos las constataciones separadas del Grupo Especial, que figuran en el párrafo 8.2 de su informe, de que:

a. los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada no dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país y, por lo tanto, son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC;

b. las prescripciones en materia de certificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y

c. las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.4 Compleción del análisis jurídico

7.231. Pasamos seguidamente a examinar la cuestión de si la medida sobre el atún modificada ha puesto a los Estados Unidos en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial. Recordamos que la compleción del análisis jurídico puede ayudar a lograr la pronta y eficaz solución de la diferencia. Sin embargo, el Órgano de Apelación solamente ha completado el análisis jurídico cuando la existencia de suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial y hechos no controvertidos obrantes en el expediente le han permitido hacerlo.

7.232. Para demostrar que una medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC hay que establecer los elementos siguientes: i) que la medida es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1; ii) que los productos importados son "similares" a los productos nacionales y los productos de otros orígenes; y iii) que el trato otorgado a los productos importados es "menos favorable" que el concedido a productos similares nacionales y/o productos similares procedentes de cualquier otro país.[777] Basándose en gran medida en las constataciones del procedimiento inicial y en las posiciones de las partes, el Grupo Especial aceptó

[775] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.126.
[776] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.91.
[777] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 229.

que los dos primeros elementos se habían establecido en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, y esto no ha sido objeto de apelación por los participantes.[778]

7.233. Con respecto al tercer elemento, recordamos que un análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 consta de dos partes: i) si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados frente a los productos similares de origen nacional y/o a los productos similares originarios de cualquier otro país; y, en caso afirmativo, ii) si ese efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[779]

7.234. Comenzando por la primera parte, consideramos si las condiciones en materia de etiquetado previstas en la medida sobre el atún modificada, consideradas conjuntamente, modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense. Al hacerlo debemos tener "debido conocimiento"[780] de las recomendaciones y resoluciones del OSD, incluidas las constataciones de la existencia de efecto perjudicial formuladas en el procedimiento inicial, que constituyen antecedentes pertinentes para nuestra evaluación. En consecuencia, empezamos recordando la constatación del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún inicial era "consecuencia de que la mayoría de [los] productos [de atún mexicanos] contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta '*dolphin safe*', mientras que la mayoría de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta '*dolphin safe*'".[781] Nuestra tarea consiste en determinar si la medida sobre el atún modificada ha alterado el efecto perjudicial que estaba relacionado con la medida sobre el atún inicial, como se establece en las constataciones que formularon el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y, en virtud de la adopción por el OSD de los informes del procedimiento inicial, forman parte de las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia.

7.235. Como ya hemos explicado, ante el Grupo Especial y en el presente procedimiento de apelación tanto México como los Estados Unidos han manifestado la opinión de que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada es igual que el de la medida inicial. El principal argumento de México con respecto al efecto perjudicial es que los elementos fundamentales de la medida inicial -en particular, la exclusión de todo el atún capturado mediante lances sobre delfines- y las características pertinentes del mercado estadounidense para los productos de atún no han cambiado, de modo que la mayoría de los productos de atún mexicanos sigue estando excluida del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que la mayoría de los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros todavía reúnen las condiciones para esa etiqueta.[782] México sostuvo también que "prácticamente toda [su] flota que pesca atún con redes de cerco sigue pescando en el PTO mediante lances sobre delfines".[783] Por su parte, los Estados

[778] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.71. Señalamos que aunque el Grupo Especial se refirió a los productos similares como constituidos por el atún y los productos de atún, México había explicado al Grupo Especial inicial que limitaba sus alegaciones a los productos de atún, y los participantes confirmaron en la audiencia que las alegaciones objeto de esta diferencia, tanto en el procedimiento inicial como en el del párrafo 5 del artículo 21, se plantean únicamente con respecto a los productos de atún. (Véase el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.228-7.233, 7.253 y 7.254.)

[779] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 268 y 271 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215).

[780] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 136 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 142; *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 109 y 121; *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, párrafo 61; *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafos 68 y 77; y *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21- Canadá)*, párrafo 102).

[781] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284.

[782] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 223, 224, 231 y 232.

[783] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 227. Según México, en 2012 su flota de pesca de atún que faenaba en el PTO estaba constituida por "39 grandes buques de cerco" y "tres pequeños buques". (*Ibid*. (donde se hace referencia a la Declaración del Dr. Michael Dreyfus, investigador jefe,

Unidos no cuestionan que sigan siendo aplicables las conclusiones sobre el efecto perjudicial que formuló el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.[784] Antes bien, reconocen expresamente que, "como la flota atunera de México está constituida 'prácticamente' en su totalidad por grandes buques de cerco que efectúan lances sobre delfines en el PTO, México no exporta 'ningún producto a los Estados Unidos que reúna las condiciones para ser etiquetado *dolphin safe* con arreglo a la medida sobre el atún modificada'".[785]

7.236. Como constató el Grupo Especial inicial y han reconocido ambos participantes en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* constituye una "ventaja" en el mercado estadounidense de productos de atún debido al "valor comercial significativo" de esa etiqueta.[786] Recordamos además que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación se basó en las siguientes constataciones fácticas del Grupo Especial inicial: i) "la rama de producción mexicana de atún enlatado está integrada de forma vertical y los mayores fabricantes de productos de atún y de productos enlatados son propietarios de sus propios buques que pescan en el PTO"; ii) "por lo menos dos tercios de la flota atunera de cerco mexicana pesca en el PTO efectuando lances sobre delfines" y "por consiguiente pescando atún que, según las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado '*dolphin safe*', un producto de atún que sea inocuo para los delfines no puede contener"; iii) "la flota estadounidense no efectúa lances sobre delfines en el PTO"; y iv) "en vista de las prácticas seguidas actualmente por las flotas atuneras de los Estados Unidos y México, la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado '*dolphin safe*', ser incluido en un producto inocuo para los delfines", mientras que "la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado".[787] Estos diversos elementos de hecho proporcionaron por tanto el fundamento para la constatación de efecto perjudicial que formuló el Órgano de Apelación. En la audiencia del presente procedimiento de apelación, tanto México como los Estados Unidos confirmaron que la situación fáctica pertinente, definida por estas constataciones en que se basó el Órgano de Apelación, no ha cambiado.

7.237. No vemos que el Grupo Especial formulara ninguna constatación que sea contraria a esas constataciones iniciales. De hecho, lo que sucede es lo contrario. En su evaluación de la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial constató que la distinción reglamentaria entre los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún derivados de atún capturado mediante otros métodos de pesca "tiene el efecto de denegar a ... [los] productos de atún [mexicanos] ... el acceso a la etiqueta *dolphin safe*".[788] En vista de lo anterior, no vemos ninguna constatación del Grupo Especial ni pruebas no controvertidas obrantes en el expediente que indiquen que la posición de los productos de atún mexicanos en lo que respecta al acceso a la etiqueta *dolphin safe* haya cambiado sustancialmente como consecuencia de la medida sobre el atún modificada.[789]

7.238. Puesto que la medida sobre el atún modificada mantiene la arquitectura y estructura generales de la medida sobre el atún inicial -en particular en lo que respecta a la distinción

Programa Nacional de Aprovechamiento del Atún y Protección de los Delfines (28 de marzo de 2014) (Prueba documental MEX-84 presentada al Grupo Especial).)

[784] Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.446.

[785] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 329 (donde se hace referencia y se cita la respuesta de México a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafos 155 y 146, respectivamente). Recordamos que en 2009 los productos de atún mexicanos representaban únicamente el 1% de los productos de atún importados en los Estados Unidos. (Véase el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.355.)

[786] Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.289 y 7.291. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.424.

[787] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.310, 7.314, 7.316 y 7.317).

[788] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447. Véase también el párrafo 7.498.

[789] Teniendo en cuenta que la norma definitiva de 2013 introdujo prescripciones adicionales en materia de certificación y de seguimiento y verificación para los productos de atún que contienen atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, es posible que reúnan los requisitos para llevar la etiqueta menos de esos productos que con arreglo a la medida inicial. Sin embargo, no parece que haya constataciones del Grupo Especial, ni pruebas obrantes en el expediente, cuestionadas o no, sobre la medida en que puedan haber cambiado los niveles o proporciones absolutos de productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros países que pueden acceder a la etiqueta *dolphin safe* en comparación con la situación existente con arreglo a la medida sobre el atún inicial.

reglamentaria entre productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y productos de atún derivados de atún capturado mediante otros métodos de pesca- y habida cuenta de que los participantes están de acuerdo en que la situación fáctica pertinente no ha cambiado con respecto al procedimiento inicial, constatamos que, al excluir a la mayoría de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al tiempo que concede acceso condicional a esa etiqueta a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, la medida sobre el atún modificada, de manera análoga a la medida inicial, modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.

7.239. Seguidamente examinamos la cuestión de si no obstante se puede afirmar que la medida sobre el atún modificada no constituye un trato menos favorable de los productos de atún mexicanos debido a que el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Dicho examen obliga a indagar si la medida sobre el atún modificada es, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, imparcial en su diseño, arquitectura, estructura reveladora, funcionamiento y aplicación.[790] Como hemos señalado, cuando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial, por ejemplo porque se ha diseñado o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, no se puede considerar que esa distinción sea legítima a los efectos del párrafo 1 del artículo 2.[791] También hemos explicado que, en las circunstancias de esta diferencia, es adecuado evaluar si las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por una parte, y para los productos de atún que contienen atún capturado fuera de esa pesquería, por otra, se adaptan en función de la probabilidad de que los delfines sufran efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas pesquerías.[792]

7.240. En el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 el Grupo Especial se refirió a las declaraciones que figuran en el párrafo 292 del informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en relación con el fundamento de la constatación de la incompatibilidad de la medida sobre el atún inicial con las normas de la OMC.[793] En ese párrafo el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

> Por tanto, de las constataciones del Grupo Especial [inicial] parece deducirse que la medida en litigio no aborda los efectos perjudiciales para los delfines resultantes del uso de los métodos de pesca predominantemente empleados por las flotas pesqueras que suministran a los productores de atún de los Estados Unidos y otros países. El Grupo Especial [inicial] observó que la única prescripción actualmente aplicable a las embarcaciones de cerco que pescan fuera del PTO es la presentación de un certificado por el capitán de que no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición de pesca. Esa prescripción, sin embargo, no aborda los riesgos derivados de otros métodos de pesca, como los [dispositivos de concentración de peces] DCP. Como afirmó el Grupo Especial [inicial], el riesgo para los delfines resultante de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines "solo podría vigilarse imponiendo una prescripción sustantiva diferente, a saber, que en los lances efectuados para capturar atún no se haya dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín".[794]

---

[790] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

[791] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271: "[C]uando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial, por ejemplo porque se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, no se puede considerar que esa distinción sea 'legítima', y por tanto el efecto perjudicial reflejará la discriminación prohibida a tenor del párrafo 1 del artículo 2."; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306: "Uno de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX."

[792] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.

[793] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.140 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292).

[794] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.561). (no se reproducen las notas de pie de página)

7.241. El Grupo Especial dijo a continuación que añadir una nueva prescripción sustantiva a la medida sobre el atún modificada que aborde la mortalidad o las heridas graves de los delfines "es precisamente lo que han hecho los Estados Unidos".[795] El Grupo Especial recordó que, en virtud de las prescripciones adicionales que la norma definitiva de 2013 incorporó al régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos, "*todo* el atún, con independencia del lugar y de la manera en que fue capturado, solo puede llevar la etiqueta *dolphin safe* si no fue capturado mediante un lance u otro empleo de artes en que se diera muerte o se hiriera gravemente a uno o varios delfines".[796] El Grupo Especial indicó que esto quiere decir que "la certificación sustantiva exigida para todo el atún ... es ahora la misma".[797] A juicio del Grupo Especial, "esta nueva uniformidad de la certificación sustantiva exigida atiende la preocupación concreta identificada por el Órgano de Apelación en el párrafo 292 de su informe y hace que la medida modificada se aproxime al cumplimiento de las disposiciones de la OMC".[798]

7.242. Estamos de acuerdo con este razonamiento del Grupo Especial. Como hemos señalado, la cuestión sometida al Grupo Especial era si la medida sobre el atún modificada, incluidos los nuevos elementos introducidos por la norma definitiva de 2013, ha puesto a los Estados Unidos en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. La norma definitiva de 2013 introdujo en la medida sobre el atún modificada prescripciones adicionales que se aplican fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, las principales de las cuales son las nuevas prescripciones: i) de que los capitanes certifiquen que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín con independencia del método de pesca utilizado; y ii) de que todo el atún *dolphin safe* sea separado del atún no *dolphin safe* desde el momento de la captura y a largo de toda la cadena de transformación.[799] Por consiguiente, en tanto en cuanto estas prescripciones sirven para reforzar la capacidad de la medida sobre el atún modificada para "aborda[r] los efectos perjudiciales para los delfines resultantes del uso de los métodos de pesca predominantemente empleados por las flotas pesqueras que suministran a los productores de atún de los Estados Unidos y otros países"[800] fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, se puede afirmar que responden a la "adaptación" del régimen de etiquetado *dolphin safe* que el Órgano de Apelación constató que no existía en la medida sobre el atún inicial. Al evaluar si la medida sobre el atún modificada se adapta adecuadamente a los efectos perjudiciales relativos resultantes para los delfines fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con los que existen dentro de esa pesquería, debemos examinar si hay constataciones fácticas pertinentes del Grupo Especial o pruebas no controvertidas obrantes en el expediente sobre los distintos perfiles de riesgo de estas distintas pesquerías.

7.243. El Grupo Especial dispuso de muchas pruebas sobre la naturaleza y el alcance de los riesgos relativos relacionados con diferentes prácticas de pesca en distintas zonas de los océanos. México alegó ante el Grupo Especial que la medida sobre el atún modificada no es imparcial porque impone prescripciones diferentes y reforzadas en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías, y que esto no está justificado porque los efectos perjudiciales que se derivan para los delfines de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines son iguales o mayores que los riesgos relacionados con el método de efectuar lances.[801]

---

[795] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

[796] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141. (las cursivas figuran en el original)

[797] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

[798] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

[799] Como hemos señalado, en las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada también introdujo una prescripción en materia de observadores en el caso de que el Administrador Adjunto del NMFS determine que los observadores están cualificados y autorizados para certificar que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín" y, en la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, que "no se efectuaron lances sobre delfines", cuando esos observadores ya se encuentran a bordo del buque.

[800] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292.

[801] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 13, 248, 263 y 306. México también adujo ante el Grupo Especial, y en apelación, que hay un punto de referencia para el riesgo de "tolerancia cero" que se refleja en la medida sobre el atún modificada, y que ese punto de referencia no permite diferencias de reglamentación para abordar las diferencias en los riesgos resultantes para los delfines en las distintas pesquerías. No consideramos que ese argumento difiera en lo esencial de la posición de México de que, como no hay diferencias en los daños resultantes para los delfines en las distintas pesquerías, cualquier consideración de los daños relativos carece de pertinencia para un análisis de la imparcialidad de las distinciones establecidas en virtud de la medida sobre el atún modificada. (Véanse el informe del Grupo Especial, párrafo 7.184; la comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 109; y la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 80-87.)

México adujo además que "los delfines sufren efectos perjudiciales observados y no observados -incluidas graves heridas o muerte- como resultado de las operaciones de pesca comercial de atún que llevan a cabo en todas las pesquerías del mundo (es decir, tanto dentro como fuera del PTO) todos los países que poseen flotas dedicadas a la pesca comercial de atún".[802] México indicó ante el Grupo Especial que, desde el procedimiento inicial, había recopilado "sustanciales pruebas adicionales que demuestran que i) los pescadores de atún deliberadamente lanzan redes sobre mamíferos marinos fuera del PTO, y que ii) con otros métodos de pesca de atún se da muerte a muchos miles de delfines".[803] México presentó pruebas sobre métodos de pesca y capturas incidentales resultantes de distintos métodos de pesca fuera del PTO, que incluyen la mortalidad de delfines debido a prácticas de lances y otros métodos de pesca como la pesca con DCP, la pesca con redes agalleras y la pesca con palangre.[804]

7.244. Los Estados Unidos respondieron a las alegaciones de México aduciendo que estaba justificado que establecieran distinciones entre el método de efectuar lances sobre delfines y otros métodos de pesca debido a los riesgos diferentes que representan para los delfines estos distintos métodos de pesca.[805] Los Estados Unidos no cuestionaron que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines representan riesgos para los delfines, sino que más bien encontraron apoyo en la conclusión del Grupo Especial inicial de que "determinadas técnicas de pesca parecen representar para los delfines un riesgo mayor que otras"[806] y en la "conclusión" del Órgano de Apelación de que los "lances sobre delfines [son] especialmente dañin[os] para esos animales".[807] Los Estados Unidos también presentaron numerosas pruebas para demostrar que los "lances sobre delfines causan daños observados y no observados a los delfines".[808] En relación con los daños observados, los Estados Unidos alegaron que el "número de delfines muertos en la pesquería de buques de cerco del PTO ... es el mayor conocido en cualquier pesquería" y que México no había presentado pruebas que demostraran que otros métodos de pesca hubieran dado muerte a tantos

[802] Segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 319. (no se reproduce la nota de pie de página)

[803] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 106.

[804] México indicó que estas pruebas están constituidas por lo siguiente: i) se lanzan redes sobre los delfines fuera del PTO; ii) está firmemente aceptado y científicamente documentado que en todas las pesquerías de atún más importantes del mundo mueren delfines capturados incidentalmente; iii) los científicos han estimado que, a nivel mundial, centenares de miles de cetáceos mueren cada año al quedar enredados en artes de pesca, incluso en pesquerías de los Estados Unidos; iv) en un informe sobre la pesca con palangre publicado por el Proyecto para la recuperación de la tortuga marina se estima que este método de pesca da muerte cada año a más de 18.000 delfines en el Océano Pacífico; v) hay considerables capturas incidentales de delfines cuando se utilizan DCP en Filipinas, donde se calcula que cada año se da muerte a 2.000 delfines; vi) la pesca con redes agalleras a lo largo de la costa india mata cada año en torno a 10.000 cetáceos, incluidos delfines, cifra que es "alarmantemente alta"; vii) cuando los delfines no se ahogan inmediatamente en una red agallera (efectos perjudiciales observados), las interacciones con la red hacen que los delfines mueran después (efectos perjudiciales no observados); viii) actualmente se reconoce ampliamente que los delfines resultan gravemente heridos por las interacciones con la pesca con palangre y que los efectos perjudiciales son tanto observados como no observados; ix) la pesca de arrastre mata y hiere a delfines. (Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 248.) Además, México presentó pruebas para respaldar el argumento que esgrimió ante el Grupo Especial de que, aunque los Estados Unidos alegaban que su régimen de etiquetado *dolphin safe* era necesario porque dos poblaciones de delfines del PTO -el delfín moteado de mar abierto y costero nororiental y el delfín girador oriental- estaban sujetas a agotamiento, ya no era así porque esas poblaciones estaban creciendo. (Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 188-194) (donde se hace referencia al PICD, 7ª reunión del Consejo Científico Asesor celebrada el 30 de octubre de 2009, "*Updated Estimates of N_{min} and Stock Mortality Limits*", documento SAB-07-05 (Prueba documental MEX-91 presentada al Grupo Especial inicial; Prueba documental MEX-4 presentada al Grupo Especial); APICD, 22ª Reunión de las Partes celebrada el 30 de octubre de 2009, Acta (Prueba documental MEX-117 presentada al Grupo Especial inicial; Prueba documental MEX-5 presentada al Grupo Especial), punto 8 (página 4) y Apéndice 8 (página 10); M.N. Maunder, "*Evaluating recent trends in EPO dolphin stocks*", proyecto de documento de la CIAT (Prueba documental MEX-81 presentada al Grupo Especial); y V.R. Restrepo, informe del Presidente sobre el taller de la ISSF acerca del atún y los delfines celebrado los días 25 y 26 de octubre de 2012 (Prueba documental MEX-82 presentada al Grupo Especial), página 3)).)

[805] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 92.

[806] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 71 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.438; y donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288).

[807] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 71 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289).

[808] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 89 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.493, 7.504 y 7.738; y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 251).

delfines en ninguna pesquería como lo habían hecho los lances sobre delfines.[809] Además, los Estados Unidos abordaron el argumento de México de que otros métodos de pesca representan daños para los delfines que son iguales o mayores que los causados por los lances sobre esos animales, presentando pruebas de organizaciones regionales de ordenación pesquera, de programas de observadores y de científicos sobre los niveles de daños observados asociados a los métodos de pesca que se emplean para producir productos de atún para el mercado estadounidense, como la pesca con redes de cerco sin efectuar lances, la pesca con palangre y la pesca con caña y línea.[810] En cuanto a los daños no observados, los Estados Unidos sostuvieron que otras pesquerías no "dan lugar al mismo nivel de daños no observados, como la separación de madres y crías, daños musculares y fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo, que 'se produc[e]n como resultado de la propia caza', que la pesquería con redes de cerco en el PTO".[811] Para respaldar esta posición los Estados Unidos presentaron datos de la CIAT sobre el número de delfines cazados y capturados en los años 2009-2013 que mostraban que "la magnitud de los daños no observados causados por la caza en el PTO carece de precedentes".[812]

7.245. Recordamos que, al principio de su evaluación de los daños relativos que representan los lances sobre delfines frente a otros métodos de pesca, el Grupo Especial se centró principalmente

[809] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 16 (donde se hace referencia a T. Gerrodette, "*The Tuna- Dolphin Issue*", en *Encyclopedia of Marine Mammals*, segunda edición, W.F. Perrin, B.Würsig y J.G.M Thewissen (editores) (Oxford, 2009), página 1192 (Prueba documental US-29 presentada al Grupo Especial)).

[810] Los Estados Unidos indicaron que las pruebas que habían presentado demuestran lo siguiente: i) en el PTO los lances sobre delfines representan prácticamente la totalidad de la mortalidad y heridas graves observadas de delfines pese a que esos lances constituyen por término medio menos de la mitad del número total de lances; ii) el porcentaje de delfines muertos en la pesquería de buques de cerco del PTO como consecuencia de los lances sobre delfines nunca ha sido inferior al 99% del total de la mortalidad observada de delfines en los años 2009-2013; iii) en la pesquería de buques de cerco de atún del Océano Pacífico Central y Occidental se calcula que la mortalidad de delfines por cada 1.000 lances fue de 26,98 delfines en 2007-2009 y de 2,64 en 2010,mientras que en la pesquería de buques de cerco del PTO la mortalidad de delfines por cada 1.000 lances fue de 56,1 en 2009 y 53,4 en 2010; iv) el promedio de delfines que murieron cada año en las pesquerías con palangre estadounidenses del Atlántico y Hawai entre 2006 y 2010 es una simple fracción del número de delfines muertos cada año en el PTO y del número de muertes permitidas con arreglo al APICD; v) en la pesquería con palangre de Hawai el promedio estimado de mortalidad anual de delfines en 2006-2010 fue de 40,4 animales al año; vi) la pesca con caña y línea no está relacionada con la captura incidental de delfines ni de otros mamíferos marinos; y vii) la pesca con redes de cerco sin efectuar lances sobre delfines, la pesca con palangre y la pesca con caña y línea se emplean a menudo sin que desde el buque se aviste ningún delfín y sin que haya ninguna interacción de delfines en absoluto, mientras que todos los lances sobre delfines son intrínsecamente peligrosos para ellos. (Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 23. (no se reproduce el subrayado))

[811] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 113 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.499 y 7.504; y donde se hace referencia al estudio de A.C. Myrick Jr. y P.C. Perkins, "*Adrenocortical color darkness and correlates as indicators of continuous acute premortem stress in chased and purse-seine captured male dolphins*" (1995) *2 Pathophysiology* (Prueba documental US-11 presentada al Grupo Especial inicial; Prueba documental US-48 presentada al Grupo Especial), página 191).

[812] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafo 82. Los Estados Unidos añadieron que "los datos de la CIAT indican que en los años 2009-2013 grandes buques de cerco del PTO cazaron ***31,3 millones*** de delfines, capturando a ***18,5 millones*** de ellos". (*Ibid*. (donde se hace referencia a los Cuadros en que se resumen las pruebas obrantes en el expediente relativas a cada pesquería (Prueba documental US-127 presentada al Grupo Especial, cuadro 1, "*Association of Dolphins and Tuna in Various Fisheries*"). (las cursivas y el subrayado figuran en el original)) Véanse también la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 73 (donde se hace referencia a la CIAT, Conjunto de datos sobre el Océano Pacífico Oriental (OPO) correspondientes a 2009-2013 (9 de mayo de 2014) (Prueba documental US-26 presentada al Grupo Especial (corregida)); a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 31 del Grupo Especial inicial, párrafo 70; y PICD, 34ª reunión del Panel Internacional de Revisión celebrada los días 9 y 10 de octubre de 2003, "*Effectiveness of Technical Guidelines to Prevent High Mortality During Sets on Large Dolphin Herds*", documento IRP-34-10 (revisado) (Prueba documental US-27 presentada al Grupo Especial), cuadro 2 de la página 4). Los Estados Unidos también impugnaron la posición de México de que los propios Estados Unidos consideraban que las poblaciones de delfines del PTO se estaban recuperando y presentaron sus propios testimonios científicos para demostrar que las poblaciones de delfines no están aumentando. (Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 104-108 (donde se hace referencia, entre otros, a A.E. Punt, *Independent Review of the Eastern Pacific Ocean Dolphin Population Assessment*, informe especial Nº 21 de la CIAT (2013) (Prueba documental US-49 presentada al Grupo Especial), páginas 5 y 6; y S.B. Reilly y otros, *Report of the Scientific Research Program Under the International Dolphin Conservation Program Act*, NOAA Technical Memorandum NMFS (marzo de 2005) (Prueba documental US-28 presentada al Grupo Especial), páginas 31 y 32).)

en los daños no observados asociados con diferentes métodos de pesca.[813] Observando que el Órgano de Apelación constató que los lances sobre delfines causan tanto daños observados como no observados a los delfines, el Grupo Especial consideró no obstante que "lo que hace que los lances sobre delfines sean especialmente dañinos es el hecho de que causan ciertos efectos no observados *más allá* de la mortalidad y las heridas 'como resultado de la propia caza'".[814] Posteriormente el Grupo Especial reconoció que "[l]as pruebas presentadas por México, especialmente en su primera comunicación escrita, indican ciertamente que se da muerte a un número muy importante de delfines en operaciones de pesca de atún realizadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO".[815] El Grupo Especial aceptó por tanto que pesquerías de atún distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pueden haber causado, y, de hecho, han causado, daños a delfines.

7.246. No obstante, el Grupo Especial no abordó qué indicaban las pruebas aportadas por las partes respecto de los daños *relativos* globales, tanto observados como no observados, relacionados con los lances sobre delfines frente a otras prácticas de pesca, sino que se centró únicamente en si esas pruebas debilitaban su interpretación de que estas prácticas se pueden distinguir sobre la base de los daños no observados. Así, con respecto a la pesca con redes agalleras, el Grupo Especial mencionó numerosas pruebas de México que demuestran que las redes agalleras dan muerte y hieren gravemente a delfines, pero afirmó que ninguna de estas pruebas indicaba que las redes agalleras tengan el mismo tipo de efectos no observados que tienen los lances sobre delfines.[816] De modo similar, respecto de la pesca con palangre, el Grupo Especial manifestó que aunque las pruebas de México indicaban que los palangres están teniendo efectos negativos en el carácter sostenible de las poblaciones de delfines, ninguna de esas pruebas indica que la pesca con palangre tenga efectos no observados similares a los que causan los lances sobre delfines.[817] Además, el Grupo Especial reconoció explícitamente que México había presentado pruebas sobre la magnitud de la mortalidad y las heridas graves causadas por los métodos de pesca de atún, incluidas la pesca con DCP, la pesca con palangre, la pesca con redes agalleras, la pesca de arrastre y la pesca con redes de deriva, pero nuevamente opinó que ninguna de esas pruebas indicaba que esos métodos de pesca causen los mismos tipos de efectos no observados que los lances sobre delfines.[818] El Grupo Especial concluyó por tanto que México no había demostrado que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines "causan de ordinario" daños similares a los daños a los delfines causados por los lances sobre delfines.[819]

7.247. Observamos que la conclusión del Grupo Especial cabría interpretarla en el sentido de que constató que México no había demostrado que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causen de ordinario daños observados y no observados a delfines similares a los daños observados causados por los lances sobre delfines y que México tampoco había demostrado que esos otros métodos de pesca causen daños no observados a delfines similares a los que causan los lances sobre delfines. Sin embargo, en realidad cuando se lee junto con el razonamiento que la precede, es evidente que la conclusión del Grupo Especial se basa exclusivamente en su constatación de que los daños *no observados* diferían entre los lances y otros métodos de pesca. Ello se debe a que siempre que el Grupo Especial se refirió a las pruebas de mortalidad o heridas graves observadas derivadas de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines, era solamente para establecer que esos daños se producen, pero sin indicar cómo son la naturaleza o el alcance de estos daños *en comparación con* los daños observados derivados de los lances sobre delfines. De hecho, aunque el Grupo Especial aludió a la mortalidad o heridas graves observadas derivadas de los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines, no vemos que el Grupo Especial comparase nunca esos daños con los derivados de los lances sobre delfines de una

[813] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.120 y 7.121 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos -Atún II (México)*, párrafo 289; y donde se cita, sin precisarlo, el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.499).

[814] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.122 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.504).

[815] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.129 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, sección III.A).

[816] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.130.

[817] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.131.

[818] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.132. (no se reproducen las notas de pie de página)

[819] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.135: "[N]uestra opinión es que México no ha proporcionado pruebas suficientes para demostrar que los lances sobre delfines no causan daños observados y no observados a delfines o que otros métodos de pesca de atún causan de ordinario daños similares."

manera que permitiera hacer una evaluación comparativa del *alcance* de esos daños *en relación con* los otros.

7.248. El alcance limitado de la conclusión del Grupo Especial es pertinente en dos aspectos. Primero, el desacuerdo entre las partes acerca de si la medida sobre el atún modificada es imparcial se basaba en premisas esencialmente diferentes sobre los riesgos relacionados con técnicas de pesca diferentes. México mantenía que la mortalidad o heridas graves observadas derivadas de prácticas distintas de los lances sobre delfines eran "iguales o mayores que"[820] las causadas por los lances sobre delfines, mientras que los Estados Unidos afirmaban que los riesgos relacionados con prácticas distintas de los lances sobre delfines producían "mortalidad o heridas graves observadas a delfines que estaban lejos de las que producen los lances sobre delfines".[821] Las partes también discreparon acerca de la naturaleza y la magnitud de los daños no observados. Los Estados Unidos sostenían que la asociación entre el atún y los delfines y los daños no observados vinculados a ella son exclusivos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO[822], mientras que México mantenía que esa asociación también existe fuera del PTO, y que también se producen daños no observados como consecuencia de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines.[823] Al no haber examinado los riesgos relativos que representan métodos de pesca diferentes respecto de la mortalidad o heridas graves *observadas*, al tiempo que se centraba exclusivamente en la diferencia más limitada de los riesgos respectivos atribuibles a daños *no observados*, el Grupo Especial nunca resolvió la cuestión de los niveles globales de riesgo en las distintas pesquerías y cómo eran los unos en comparación con los otros, pese a que ambas partes se habían referido a esos perfiles de riesgo comparativos en sus alegatos en apoyo de sus argumentos sobre la imparcialidad. Observamos a este respecto que, en la audiencia de la presente apelación, tanto México como los Estados Unidos criticaron al Grupo Especial por haberse centrado en una gama demasiado restringida de daños y, en particular, por no haberse ocupado de los daños observados.

7.249. En segundo lugar, a nuestro juicio era especialmente importante llegar a una conclusión respecto de los riesgos *relativos* atribuibles a las distintas pesquerías, tanto respecto de los daños observados *como de los* no observados, habida cuenta de que precisamente la cuestión que el Grupo Especial trataba de abordar era si las nuevas prescripciones de la medida sobre el atún modificada, que se aplican exclusivamente en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, abordan adecuadamente los riesgos de daño a los delfines que se plantean en esas pesquerías.[824] Además, las dos principales prescripciones adicionales -a saber, que un capitán certifique que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, y que el atún capturado sea separado en zonas de almacenamiento *dolphin safe* y no *dolphin safe*- tratan ambas de mejorar la manera en que la medida aborda los riesgos de mortalidad o heridas graves observadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Sin embargo, el Grupo Especial nunca se propuso comparar los daños *relativos* respecto de la mortalidad o heridas graves *observadas*. En cambio llegó a una conclusión basándose únicamente en una evaluación comparativa de los daños *no observados*. Sobre la base de las preocupaciones anteriores, no consideramos que el Grupo Especial se pusiese en condiciones de llevar a cabo una evaluación de si la medida sobre el atún modificada es imparcial al abordar los riesgos respectivos de los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO frente a otros métodos de pesca fuera de esa pesquería.

7.250. Recordamos que, en el procedimiento inicial, la cuestión concerniente a los riesgos relativos para los delfines que se plantean en las distintas pesquerías estuvo delimitada por las constataciones del Grupo Especial inicial de que en pesquerías situadas fuera del PTO se plantean efectos perjudiciales consistentes en mortalidad o heridas graves observadas, pero que la medida

[820] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 13, 248, 263 y 306.
[821] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 201. Véase también la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 236.
[822] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 85, 338 y 339.
[823] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 248.
[824] Como hemos señalado, el Grupo Especial parece haber intentado abordar esta cuestión debido a la importancia que atribuyó a la conclusión del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de que "el riesgo para los delfines resultante de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines 'solo podría vigilarse imponiendo una prescripción sustantiva diferente, a saber, que en los lances efectuados para capturar atún no se haya dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín'". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.140 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292, donde a su vez se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.561).)

sobre el atún inicial no exigía ninguna certificación respecto del atún capturado en esas pesquerías de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín. Sobre esa base, el Órgano de Apelación pudo llegar a la conclusión de que, si bien la medida sobre el atún inicial abordaba plenamente los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, "no se ocupa[ba] de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO".[825] En esas circunstancias, era razonable considerar que, con independencia de cualesquiera diferencias en los riesgos relativos, la medida sobre el atún inicial no abordaba la incidencia de los daños debidos a prácticas distintas de los lances sobre delfines porque no se exigía ninguna certificación para documentar si se había dado muerte o herido gravemente a algún delfín. Por esa razón, el Órgano de Apelación pudo declarar que "*aun aceptando* que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales", no estaba convencido de que la medida fuera imparcial, como sostenían los Estados Unidos.[826]

7.251. No obstante, en el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se ha agudizado más la cuestión concerniente a los perfiles de riesgo relativos relacionados con distintas prácticas de pesca en diferentes zonas de los océanos. Dado que la medida sobre el atún modificada introdujo la prescripción, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, de que los capitanes certifiquen que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, y que, a tal fin, se debe mantener la separación del atún *dolphin safe* y no *dolphin safe*, la labor de evaluar si estas nuevas prescripciones son suficientes para abordar los riesgos que representan para los delfines fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO exige una comprensión más completa del perfil de riesgo relativo fuera de esa pesquería en comparación con los riesgos para los delfines dentro de esa pesquería, y en especial los riesgos relacionados con los lances sobre delfines.[827] Además, como hemos señalado, las partes presentaron explicaciones contradictorias, respaldadas por numerosos argumentos y pruebas, de por qué los riesgos relativos de mortalidad o heridas graves observadas justificaban o no las diferencias en el trato reglamentario dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO previstas en la medida sobre el atún modificada.

7.252. No subestimamos la dificultad que conlleva hacer esa evaluación de los riesgos respectivos, especialmente teniendo en cuenta las pruebas tan cuestionadas aportadas por las partes.[828] Tampoco consideramos que el Grupo Especial estuviera necesariamente en condiciones de llegar a una idea definitiva o exacta en cuanto a la medida en que diferían los perfiles de riesgo pertinentes. Sin embargo, por las razones anteriormente expuestas, no vemos que el Grupo Especial en el presente procedimiento se dispusiera a examinar el alcance de la mortalidad o las heridas graves resultantes de métodos de pesca en diferentes zonas de los océanos de manera que él mismo pudiera evaluar debidamente los riesgos relativos o los niveles de riesgo globales para los delfines que se producen en esas pesquerías, lo que era necesario para evaluar si las diferencias en las condiciones del etiquetado *dolphin safe* de conformidad con la medida sobre el atún modificada se adecuan debidamente a esos riesgos respectivos y guardan proporción con ellos.

---

[825] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.544).

[826] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297. (sin cursivas en el original)

[827] En apelación, México aboga por la utilización de un punto de referencia "objetivo, establecido científicamente" -como los niveles de eliminación biológica potencial- que se podrían utilizar para comparar cómo cada uno de los diferentes métodos de pesca afecta a la sostenibilidad de las poblaciones de delfines. (Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 110). Por su parte, los Estados Unidos señalan la insuficiencia de datos sobre eliminación biológica potencial en las distintas pesquerías y rechazan la pertinencia de esos niveles para examinar perfiles de riesgo relativos. (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 88-90.) No excluimos que la referencia a esos indicadores objetivos pueda ayudar en la evaluación de si las diferencias de reglamentación en el trato de las distintas pesquerías se pueden explicar sobre la base de que dicho trato se adecue a los riesgos relativos para los delfines derivados de métodos de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos, o guarde proporción con ellos.

[828] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.46. El Grupo Especial declaró que "las pruebas fácticas pertinentes son muy cuestionadas y, en lo relativo a algunas de las cuestiones en litigio, son mínimas", y que, "[e]n particular, parece haber testimonios científicos limitados acerca del alcance y la naturaleza de la mortalidad de delfines en algunas pesquerías no situadas en el PTO". (*Ibid*.)

7.253. Por ejemplo, señalamos la constatación del Grupo Especial de que los capitanes, en comparación con los observadores, no poseen siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[829] Como constató el Grupo Especial, esta diferencia entre los capitanes y los observadores independientes en las respectivas formaciones y aptitudes técnicas requeridas para certificar la condición *dolphin safe* del atún "puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada".[830] Señalamos también las conclusiones del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación que se aplican fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son menos gravosas que las que se aplican dentro de esa pesquería en cuanto al alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental[831] y que esto "puede contribuir a que se etiquete erróneamente el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO".[832] Al no existir una evaluación adecuada por el Grupo Especial de los riesgos relativos existentes dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el Grupo Especial limitó su capacidad de determinar si los aspectos discriminatorios de la medida sobre el atún modificada se pueden explicar como debidamente adecuados, o proporcionados, a las diferencias en esos riesgos teniendo en cuenta el objetivo de proteger a los delfines de los efectos perjudiciales que se producen en las distintas pesquerías. Por razones similares, el análisis limitado del Grupo Especial respecto de los perfiles de riesgo relativos limita a su vez nuestra capacidad de completar el análisis jurídico a este respecto.

7.254. Sin embargo, hay otras características de la medida sobre el atún modificada que no dependen de una evaluación de los riesgos relativos relacionados con diferentes métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. En particular, ya hemos examinado el análisis del Grupo Especial concerniente a las disposiciones relativas a las determinaciones establecidas en la medida sobre el atún modificada, y en especial las disposiciones que activan la prescripción de presentar una certificación expedida por observadores en el caso de determinadas pesquerías en situaciones en que los riesgos de daño para los delfines en esas pesquerías serían de magnitud comparable a los existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Recordamos, a este respecto, la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones relativas a las determinaciones son "parte integrante" del "sistema de certificación" establecido en virtud del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos.[833] En general, en el caso del atún capturado en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la certificación o certificaciones exigidas solo deben ser expedidas por un capitán. Sin embargo, como hemos explicado anteriormente, dependiendo de la categoría de pesquería de que se trate, y de si el Administrador Adjunto del NMFS ha efectuado ciertas determinaciones, además de la o las certificaciones del capitán exigidas, en algunas circunstancias la medida sobre el atún modificada también supedita el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a que un observador cualificado y aprobado expida una certificación respecto de las condiciones, según proceda, de que "no se efectuaron lances sobre delfines" y "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín". En particular, se exige esa certificación de un observador si el Administrador Adjunto del NMFS ha determinado, i) dentro de la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, que existe una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante, similar a la asociación entre el atún y los delfines en el PTO o, ii) dentro de "todas las demás pesquerías"[834], que hay mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines.[835]

7.255. Al abordar el análisis realizado por el Grupo Especial de las prescripciones en materia de certificación en la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no aceptamos las alegaciones de los Estados Unidos de

[829] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.
[830] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.
[831] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.354 y 7.370.
[832] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.382.
[833] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.257.
[834] Recordamos que la categoría de "todas las demás pesquerías" incluye los buques distintos de los de cerco en cualquier pesquería y los pequeños buques de cerco en el PTO.
[835] Señalamos además que la medida sobre el atún modificada también prevé, en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, una certificación expedida por un observador cuando el Administrador Adjunto del NMFS determina que los observadores están cualificados y autorizados para certificar que "no se dio muerte ni se hirió a ningún delfín", y en el caso de los buques de cerco que no faenan en el PTO, "no se efectuaron lances sobre delfines", y esos observadores ya se encuentran a bordo del buque por otros motivos.

que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de las disposiciones relativas a las determinaciones establecidas en los artículos 1385(d)(1)(B)(i) y (d)(1)(D) de la DPCIA y los artículos 216.91(a)(2)(i) y (a)(4)(iii) del reglamento de aplicación. Concretamente, constatamos que México ha identificado debidamente las disposiciones relativas a las determinaciones como parte de la alegación más amplia que formuló al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial hubiera incurrido en error, ni en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 ni en el marco del artículo 11 del ESD, al analizar la disposiciones relativas a las determinaciones centrándose en el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida.

7.256. Observamos que, en su diseño[836], las disposiciones relativas a las determinaciones parecen aplicarse a todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en las que el riesgo de daño para los delfines se aproxima al existente en dicha pesquería. De hecho, este vínculo figura explícitamente en el texto de la disposición relativa a las determinaciones aplicable a la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, que se refiere a una constatación de que se produce una asociación habitual e importante "similar a la asociación entre los delfines y el atún en el [PTO]".[837] Como explicó el Grupo Especial, las disposiciones relativas a las determinaciones "parecen haber sido diseñadas para permitir que los Estados Unidos impongan condiciones a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO cuando las condiciones existentes en las primeras se aproximan a las que existen en la segunda".[838] Como observó el Grupo Especial, esto contribuye a garantizar que, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, las situaciones similares se traten de manera similar. Así, en la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, la prescripción vigente de que un capitán expida una certificación respecto de las condiciones de que "no se efectuaron lances sobre delfines" y "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín" se complementa mediante una prescripción adicional de certificación por un observador respecto de esas dos condiciones cuando se determina que existe una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante, similar a la asociación entre el atún y los delfines en el PTO. Cuando se formula esa determinación de existencia de asociación entre el atún y los delfines en la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, las prescripciones en materia de certificación quedan por tanto reforzadas en cuanto a *quién* debe hacer las certificaciones exigidas (los capitanes *y* los observadores). Además, la medida sobre el atún modificada indica explícitamente que se debe formular esa determinación cuando la asociación es similar a la asociación entre los delfines y el atún en el PTO.[839] Dado que el Grupo Especial constató que los observadores están más cualificados, y por tanto es más probable que realicen certificaciones exactas respecto de la mortalidad o las heridas graves, a nuestro juicio esta determinación parece intensificar la correlación, en el caso de pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, entre los riesgos de daño para los delfines y la forma en que la medida trata de abordar esos riesgos.

7.257. Lo mismo cabe decir de la disposición relativa a las determinaciones aplicable a "todas las demás pesquerías", que complementa la prescripción vigente de que un capitán expida una certificación respecto de la condición de que "no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín" con la prescripción de la misma certificación de un observador cuando se ha determinado que en

[836] Los Estados Unidos confirmaron, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, que hasta la fecha el Administrador Adjunto del NMFS no ha formulado ninguna determinación de que en una pesquería situada fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO haya una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante o mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines. (Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 3.22.) Observamos también que, al responder a observaciones públicas sobre la propuesta de norma de definitiva de 2013, el NMFS identificó la siguiente pregunta que había recibido: "¿Existe un procedimiento definido para determinar 'habitual e importante' y lo ha definido el Departamento de Comercio?" El NMFS respondió que la norma definitiva de 2013 no tenía por objeto abordar ni revisar el criterio de "habitual e importante" ya establecido en la DPCIA y en el reglamento de aplicación, y que el NMFS no había formulado ninguna determinación porque no disponía de "informes fiables de ninguna pesquería del mundo, distinta de la pesquería de buques de cerco de atún del PTO, donde de manera sistemática y habitual buques de pesca de atún cacen y cerquen a grandes cantidades de delfines cada año, ni de ninguna pesquería de atún que tenga mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines". (Norma definitiva de 2013, observación 11, página 41000.)

[837] Artículo 1385(d)(1)(B)(i) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(2)(i) del reglamento de aplicación.

[838] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. El integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada también citó las disposiciones relativas a las determinaciones como un ejemplo de dónde la medida sobre el atún modificada hace "que los Estados Unidos puedan imponer las mismas prescripciones en las pesquerías en las que prevalece el mismo grado de riesgo". (*Ibid*., párrafo 7.280.)

[839] Artículo 1385(d)(1)(B)(i) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(2)(i) del reglamento de aplicación.

esa pesquería hay mortalidad o heridas graves habituales e importantes. Cuando se formula esa determinación, las prescripciones en materia de certificación quedan de ese modo reforzadas en cuanto a *quién* debe hacer las certificaciones exigidas (los capitanes *y* los observadores). Aunque la medida sobre el atún modificada no dice qué criterios informan una determinación de existencia de mortalidad o heridas graves habituales e importantes, entendemos que la referencia a mortalidad o heridas graves "habituales" e "importantes" indica que existen riesgos de que se produzcan la muerte o heridas graves de delfines que son equivalentes a los riesgos que existen en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO o mayores que ellos. Consideramos por tanto que esta determinación también parece intensificar la correlación, con respecto a "todas las demás pesquerías", entre los riesgos de daño para los delfines y la forma en que la medida trata de abordar esos riesgos.

7.258. Sin embargo, al igual que el Grupo Especial, observamos que las disposiciones relativas a las determinaciones no parecen abordar otras situaciones en las que puede haber mayores riesgos de daño para los delfines relacionados con determinados métodos de pesca en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[840] Como hemos indicado, la disposición relativa a las determinaciones aplicable a la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO permite que se añada la prescripción de una certificación por un observador si existe una determinación de "asociación habitual e importante", pero no una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes".[841] A nuestro juicio, es difícil conciliar esto con el hecho de que esa certificación por un observador se exige en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, y que esa determinación, sobre la base de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes", se puede efectuar de conformidad con la otra disposición pertinente relativa a las determinaciones, que es aplicable a "todas las demás pesquerías".[842] Recordamos a este respecto la constatación del Grupo Especial de que los capitanes, en comparación con los observadores, no poseen siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[843]

7.259. Según el Grupo Especial, cuando se preguntó a los Estados Unidos por qué pesquerías específicas dentro de la pesquería de buques de cerco situada fuera del PTO no pueden ser objeto de una determinación de que causan "mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines", no dieron ninguna explicación.[844] En apelación los Estados Unidos explican que centrar la atención en la mortalidad no tendría en cuenta los daños no observados a los delfines resultantes de los lances sobre esos animales.[845] También mantienen que, debido a la correlación positiva directa entre la asociación entre el atún y los delfines y la mortalidad y heridas graves observadas en las pesquerías de buques de cerco, no hay pruebas en el expediente de que exista una pesquería de buques de cerco en la que haya mortalidad habitual e importante sin que esté presente también una asociación entre el atún y los delfines.[846] No consideramos que estos argumentos sean convincentes. En primer lugar, aunque estamos de acuerdo en que centrar la atención *únicamente* en la mortalidad podría no tener en cuenta los daños *no observados* que resultan para los delfines de los lances sobre delfines, la cuestión que se plantea aquí es más bien si las disposiciones relativas a las determinaciones *también* deberían abordar una situación de mortalidad o heridas graves habituales e importantes *además de* abordar una situación de asociación habitual e importante entre el atún y los delfines. Cualesquiera preocupaciones en cuanto a los daños no observados derivados de los lances sobre delfines las abordaría la disposición vigente relativa a las determinaciones en la medida en que exige la certificación por un observador si hay una determinación de "asociación habitual e importante". En cambio, expresamos preocupación en cuanto a que la disposición relativa a las determinaciones no permita una regulación comparable de una situación de riesgo cuando hay mortalidad o heridas graves

[840] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. Como explicó el Grupo Especial, en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones "se puede tratar a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO de manera diferente y menos rigurosa con arreglo a la medida sobre el atún modificada, incluso cuando las condiciones que existen en esas pesquerías son iguales a las existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, ya sea desde el punto de vista del nivel de mortalidad de delfines o del grado de asociación entre el atún y los delfines". (*Ibid*.)

[841] Artículo 1385(d)(1)(B)(i) de la DPCIA; artículo 216.91(a)(2)(i) del reglamento de aplicación.

[842] Artículo 1385(d)(1)(D) de la DPCIA; artículo 216.918(a)(4)(iii) del reglamento de aplicación.

[843] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.

[844] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.260.

[845] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 242.

[846] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 243-245.

habituales e importantes respecto de prácticas en que no se efectúan lances llevadas a cabo por buques de cerco dentro del PTO frente a las llevadas a cabo fuera de este.

7.260. En segundo lugar, no nos parece convincente el argumento de los Estados Unidos de que no hay base para imponer una prescripción en materia de observadores si no hay pruebas de que existe una pesquería de buques de cerco en la que haya mortalidad de manera habitual e importante sin que esté presente también una asociación entre el atún y los delfines. No estamos convencidos de que, cuando no hay asociación entre el atún y los delfines, no exista ninguna posibilidad de que se produzcan de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves en una pesquería. Como observó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, exigiendo la certificación de que los buques de cerco no han efectuado lances sobre delfines no se abordan los riesgos que entraña el uso de otros métodos de pesca por esos buques, por ejemplo el uso de DCP.[847] Además, la medida sobre el atún modificada contempla la existencia de riesgos de mortalidad o heridas graves en ausencia de lances sobre delfines, dado que la disposición relativa a las determinaciones vinculada a la presencia habitual e importante de mortalidad o heridas graves se aplica a "todas las demás pesquerías" que existen tanto dentro como fuera del PTO. Por las razones precedentes, no vemos ninguna explicación convincente de por qué debe excluirse del régimen de etiquetado *dolphin safe* esa situación hipotética, evitando así la posibilidad de que se active la adición de una prescripción en materia de observadores para las actividades distintas de los lances sobre delfines en la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, cuando esa prescripción existe ya para las actividades distintas de los lances en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y, cuando se ha formulado una determinación, en "todas las demás pesquerías".

7.261. También consideramos que nuestras observaciones sobre las disposiciones relativas a las determinaciones son particularmente pertinentes a la luz de las declaraciones realizadas por el Órgano de Apelación en relación con las deficiencias de la medida sobre el atún inicial. El Órgano de Apelación declaró que no entendía que el Grupo Especial inicial hubiera querido decir que la imposición de una prescripción de que un observador independiente certificara que no se había dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín sería la única manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* en función de los riesgos que, según había constatado el Grupo Especial inicial, planteaban las técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines. El Órgano de Apelación añadió, sin embargo, que "esa prescripción puede ser apropiada en circunstancias en las que los delfines enfrenten riesgos mayores de mortalidad o heridas graves".[848] Así pues, aunque los Estados Unidos puedan haber tratado razonablemente de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD aplicando una condición de que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" por un medio distinto de una certificación por un observador, el Órgano de Apelación también dio a entender que una prescripción en materia de observadores puede ser apropiada cuando los delfines enfrentan riesgos mayores de mortalidad o heridas graves.

7.262. Con respecto a la disposición relativa a las determinaciones aplicable a "todas las demás pesquerías", existe también la cuestión de si esa disposición aborda suficientemente situaciones hipotéticas en las que pueda haber riesgos altos de daño asociados a métodos de pesca determinados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Recordamos que, para esa categoría de pesquerías, la disposición relativa a las determinaciones permite la adición de una prescripción de certificación por un observador si existe una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes", pero no prevé una determinación de "asociación habitual e importante".[849]

7.263. Ante el Grupo Especial, y de nuevo en apelación, los Estados Unidos aducen que no hay necesidad de prever la posibilidad de hacer una determinación vinculada a la asociación entre el atún y los delfines en esas pesquerías, puesto que esa determinación no tendría ningún efecto en el grado de mortalidad o heridas graves causadas por métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines.[850] Como explican los Estados Unidos, si hay una correlación entre la asociación entre el atún y los delfines y el riesgo de mortalidad o heridas graves, los riesgos mayores para los delfines ya se abordarían por una determinación relativa a la mortalidad o heridas graves

[847] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292.
[848] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 612 al párrafo 296.
[849] Artículo 1385(d)(1)(D) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(4)(iii) del reglamento de aplicación.
[850] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.261.

habituales e importantes.[851] Los Estados Unidos también cuestionan los riesgos que plantea dicha correlación señalando que la asociación entre el atún y los delfines solo es peligrosa para los delfines cuando un buque de cerco interactúa intencionadamente con los delfines y trata de aprovechar esa asociación rodeándolos con redes de cerco.[852]

7.264. Vemos cierto fundamento en la afirmación de los Estados Unidos de que la consideración más pertinente con respecto a la asociación entre el atún y los delfines es si existe un buque que sea capaz de detectar y aprovechar intencionadamente esa asociación, y que, de esa manera, cause a los delfines los daños observados y no observados que están vinculados al método de pesca de los lances sobre delfines. Como los Estados Unidos, reconocemos que las otras pesquerías a las que se aplica esa disposición relativa a las determinaciones no guardan relación con el funcionamiento de los grandes buques de cerco, que son los únicos buques de los que se reconoce que son capaces de efectuar lances sobre delfines. Al mismo tiempo, también tomamos nota de la opinión del Grupo Especial de que, siempre que los delfines se asocian con el atún, "es más probable que interactúen con las artes de pesca del atún, incluso si esa interacción es accidental o no deliberada".[853] Por esa razón, el Grupo Especial consideró que, incluso en el caso de los métodos de pesca que no tienen deliberadamente como objetivo la asociación de los delfines con el atún, "el riesgo de mortalidad o heridas graves aumenta necesariamente"[854] cuando existe esa asociación, por lo que, "[pueden ser] precisos observadores siempre que haya una asociación entre el atún y los delfines 'habitual e importante', con independencia de si la asociación se da en una pesquería en la que faenen buques de cerco o en cualquier otro tipo de pesquería".[855] No nos queda claro si la asociación de los delfines y el atún aumenta necesariamente el riesgo para los delfines causado por los métodos de pesca distintos de las redes de cerco, ni si una determinación de que hay "mortalidad o heridas graves habituales e importantes" podría abordar suficientemente un riesgo aumentado de esa índole. En la medida en que pueda haber de hecho un mayor riesgo para los delfines a causa de la asociación, comparable al que existe en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, incluso cuando los métodos de pesca empleados no tengan la capacidad de efectuar lances sobre delfines, y en que ese riesgo no fuera abordado mediante una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales o importantes", consideraríamos que esta cuestión es pertinente para una evaluación de la imparcialidad de la medida sobre el atún modificada.

7.265. Por último, observamos que nuestro análisis con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones se basa en la premisa de la existencia de riesgos, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que son de magnitud comparable a la de los riesgos existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[856] Como explicó el Grupo Especial, las disposiciones relativas a las determinaciones "parecen haber sido diseñadas para permitir que los Estados Unidos impongan condiciones a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO cuando las condiciones existentes en las primeras se aproximan a las que existen en la segunda".[857] Recordamos de nuestro examen de la medida en litigio que hay diferencias entre las prescripciones documentales que la medida sobre el atún modificada aplica dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO con respecto a la separación.[858]

---

[851] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 247. Los Estados Unidos aducen que, en cualquier caso, las pruebas obrantes en el expediente contradicen el enfoque "de sentido común" del Grupo Especial porque demuestran que en el PTO, donde no se discute que existe una asociación entre el atún y los delfines los daños observados son muy bajos para los buques que no efectúan lances sobre delfines. (*Ibid*., párrafos 248 y 249.)

[852] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 253.

[853] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.261. Según el Grupo Especial, "cuantos más delfines haya en las proximidades, más probable será que se dé muerte o hiera gravemente a uno o varios de ellos". (*Ibid*.)

[854] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.261.

[855] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.262.

[856] Observamos que las disposiciones relativas a las determinaciones también pueden tener como objetivo abordar situaciones en las que los riesgos para los delfines sean de magnitud comparable a la de los asociados al otro método de pesca que está excluido del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, a saber, la pesca en gran escala con redes de deriva en alta mar.

[857] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. El integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada también citó las disposiciones relativas a las determinaciones como ejemplo de que, en virtud de la medida sobre el atún modificada, "los Estados Unidos pued[e]n imponer las mismas prescripciones en las pesquerías en las que prevalece el mismo grado de riesgo". (*Ibid*., párrafo 7.280.)

[858] En nuestro examen de la medida en litigio hemos observado que el régimen para la separación del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO está respaldado por prescripciones documentales que constan de distintos TTF, uno de los cuales se utiliza para registrar información relativa a

Recordamos también que el Grupo Especial constató que las diferencias en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son de tal naturaleza que hay diferencias en el alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental legalmente exigido de conformidad con la medida sobre el atún modificada con respecto a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y de atún capturado en todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por otro lado.[859] En tales circunstancias, esperaríamos que cualquier determinación fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no solo entrañara las prescripciones en materia de certificación aumentadas, sino también prescripciones en materia de seguimiento y verificación que funcionen en conjunción con la certificación y la refuercen al abordar ese riesgo aumentado.

7.266. En conclusión, a falta de una adecuada evaluación por el Grupo Especial de los respectivos riesgos planteados a los delfines dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, no podemos completar el análisis jurídico y evaluar plenamente si todas las distinciones reglamentarias establecidas en el marco de la medida sobre el atún modificada pueden explicarse y justificarse a la luz de las diferencias en los riesgos relativos asociados a los diferentes métodos de pesca del atún en diferentes zonas de los océanos. No obstante, hemos podido examinar la imparcialidad de las condiciones en materia de etiquetado aplicadas de conformidad con la medida sobre el atún modificada en determinadas situaciones que presentarían riesgos para los delfines de magnitud comparable dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Hemos constatado, a este respecto, que hay aspectos del diseño de la medida sobre el atún modificada que reflejan una falta de imparcialidad. En particular, hemos considerado que las disposiciones relativas a las determinaciones no prevén que las condiciones sustantivas de acceso a la etiqueta *dolphin safe* sean reforzadas por medio de una certificación de un observador en todas las circunstancias de riesgos de magnitud comparable, y que eso puede entrañar también prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes de las que se aplican dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Por esta razón, no se ha demostrado que las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado *dolphin safe* en el marco de la medida sobre el atún modificada estén adaptadas a los riesgos para los delfines resultantes de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos, ni que guarden proporción con ellos. Puesto que de lo anterior se sigue que no puede decirse que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, constatamos que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.3 Artículos I, III y XX del GATT de 1994

7.3.1 Párrafo 1 del artículo I y párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

7.267. Pasamos ahora a examinar la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.268. Los Estados Unidos nos solicitan que revoquemos las constataciones del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y

cada lance sobre atunes que es *dolphin safe* y otro para registrar la misma información con respecto a los lances no *dolphin safe*. Todo el atún capturado por grandes buques de cerco de pabellón estadounidense que pescan en el PTO debe estar acompañado de esos TTF, y los importadores de atún y de productos de atún que contengan atún capturado por grandes buques de cerco del PTO de pabellón no estadounidense deben indicar los números de TTF al presentar los documentos exigidos para la importación. Además, los TTF o los números de TTF acompañan al atún correspondiente desde el momento de la captura y a lo largo de todo el proceso de pesca y producción. También hemos observado que en todas las pesquerías situadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es obligatorio separar el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe* desde el momento de la captura y a lo largo de toda la cadena de transformación.

[859] El Grupo Especial constató, por ejemplo, que, en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el atún puede rastrearse en sentido inverso hasta el lance específico en el que fue capturado y el pozo en el que fue almacenado, pero en el caso de los productos de atún que contienen atún capturado en otras pesquerías, el atún solo puede rastrearse en sentido inverso hasta el buque y la expedición en que fue capturado. El Grupo Especial también puso de relieve la ausencia de un mecanismo, con respecto al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que permita asegurarse de que una determinada certificación corresponda a un lote específico y permanezca adjunta a ese lote específico durante todo el proceso de producción. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.354-7.368.)

verificación de la medida sobre el atún modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III.[860] Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los dos conjuntos de prescripciones de la medida sobre el atún modificada: i) otorgan una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" al atún y los productos de atún procedentes de otros Miembros que no es "concedido inmediata e incondicionalmente" a los productos similares procedentes de México, de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I; y ii) conceden al atún y los productos de atún mexicanos un "trato menos favorable" que el concedido a los productos similares nacionales, de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III. Los Estados Unidos no formulan argumentos independientes en apoyo de estas alegaciones, sino que se remiten a los argumentos que presentaron en su impugnación de los supuestos errores del Grupo Especial respecto del efecto perjudicial de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[861] En respuesta, México reitera su alegación de que, en lugar de formular constataciones separadas de incompatibilidad con respecto a cada conjunto de criterios, "el Grupo Especial debería haber analizado la medida sobre el atún modificada en su totalidad"[862] y haber concluido que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[863] A juicio de México, el hecho de que el Grupo Especial no formulara constataciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III con respecto a la medida sobre el atún modificada en su totalidad constituye un error de derecho.[864]

7.269. Antes de examinar el fondo de las alegaciones de error formuladas por los participantes, exponemos en primer lugar el análisis y las constataciones pertinentes del Grupo Especial.

7.270. Al comenzar su análisis, el Grupo Especial señaló que el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 prevé un "criterio[] jurídico[] distinto[]" del previsto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[865] A juicio del Grupo Especial, "mientras el párrafo 1 del artículo I exige *únicamente* un análisis de si las condiciones que lleva consigo una ventaja tienen un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados en el mercado pertinente, el párrafo 1 del artículo 2 ... exige un examen *adicional* de si cualquier efecto perjudicial deriva, no obstante, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".[866] El Grupo Especial señaló, sin embargo, que la manera en que el párrafo 1 del artículo I se centra en la cuestión de "si las condiciones impuestas al acceso a una ventaja modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos similares importados" es "similar" a un análisis del efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, "que análogamente considera el efecto de una medida en las oportunidades de competencia de los productos importados".[867] Asimismo, en su análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial observó que, a diferencia del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 4 del artículo III no obliga a un grupo especial a examinar si el efecto perjudicial de una medida en las oportunidades de competencia para los productos importados similares deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[868] Sin embargo, el Grupo Especial señaló que la prueba del "trato no menos favorable" de esa disposición "es muy similar al primer elemento de la prueba del 'trato menos favorable' del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[869] A la luz de lo anterior, el Grupo Especial consideró "apropiado" aplicar las constataciones que había hecho con respecto al efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a su análisis de la

[860] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 43, 357 y 359 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 8.3.b y 8.3.c).
[861] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 357 y 359.
[862] Comunicación del apelado presentada por México, párrafos 179 y 182.
[863] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 75 y 77.
[864] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 72.
[865] informe del Grupo Especial, párrafo 7.432 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.94).
[866] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.432 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.93). (las cursivas figuran en el original)
[867] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.433. El Grupo Especial también señaló que "México se remit[ió] a sus alegaciones fácticas al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para respaldar su argumento en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994". (*Ibid*., párrafo 7.434 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 202).)
[868] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.479 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.117).
[869] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.481.

compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[870]

7.271. A continuación, el Grupo Especial examinó por separado si cada uno de los tres conjuntos de prescripciones en el marco de la medida sobre el atún modificada -los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación- es compatible con el párrafo 1 del artículo I.[871] De manera similar, el Grupo Especial realizó exámenes separados de la compatibilidad de cada uno de los tres conjuntos de prescripciones con el párrafo 4 del artículo III.[872]

7.272. Comenzando con los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial señaló que las partes estaban de acuerdo en que, en virtud de la medida sobre el atún modificada, la mayoría de los productos de atún mexicanos siguen siendo productos derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y por consiguiente se les niega el acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que la mayoría de los productos similares de los Estados Unidos y de los demás Miembros no son productos derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y en consecuencia reúnen las condiciones para llevar esa etiqueta.[873] El Grupo Especial consideró que la distinción reglamentaria entre productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y productos de atún derivados de atún capturado por otros métodos de pesca "tiene el efecto de denegar a ... los productos de atún [mexicanos] una valiosa ventaja comercial (es decir, el acceso a la etiqueta *dolphin safe*)".[874] Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que los criterios de admisibilidad modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense, de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I[875] y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[876]

7.273. En cuanto a las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial recordó que, en su análisis del efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, había constatado que esas prescripciones imponen "una carga más ligera" a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que a los productos de atún derivados de atún capturado en esa pesquería.[877] Según el Grupo Especial, la imposición de una prescripción en materia de observadores en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, unida a la inexistencia de tal prescripción en las demás pesquerías, "indica de manera convincente, por sí mism[a], que la medida sobre el atún modificada impone determinadas condiciones al acceso a la etiqueta *dolphin safe* únicamente de *algunos* productos de atún".[878] A juicio del Grupo Especial, al imponer a los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO condiciones "adicionales, más pesadas o más gravosas" para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* que a los productos de atún que contienen atún capturado en las demás pesquerías, las prescripciones en materia de certificación "modifica[n] … las oportunidades de competencia [de] … los productos de atún similares" de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I[879] y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[880]

7.274. Por último, en lo que respecta a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial recordó que, en su análisis del efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, había constatado que las prescripciones relativas a los productos de atún que contienen atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco

[870] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.434 y 7.495.
[871] Informe del Grupo Especial, secciones 7.6.1.2.2.2, 7.6.1.2.2.3 y 7.6.1.2.2.4, respectivamente.
[872] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.498, 7.499, 7.500, 7.501, 7.502 y 7.503, respectivamente. El Grupo Especial argumentó que la segmentación de su evaluación en los tres conjuntos de prescripciones era necesaria porque México había articulado sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III en función de las "distintas condiciones del etiquetado", lo que abarcaba no solo la no admisibilidad de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines para acceder a la etiqueta *dolphin safe*, sino también las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes. (*Ibid*., párrafos 7.430 y 7.492.)
[873] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.444-7.446.
[874] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447. Véase también el párrafo 7.498.
[875] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447.
[876] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.499.
[877] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.454.
[878] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.455. (las cursivas figuran en el original)
[879] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.455.
[880] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.501.

del PTO son "menos gravos[as]" que las relativas a los productos de atún que contienen atún capturado en esa pesquería.[881] El Grupo Especial consideró que, al imponer al último grupo de productos una condición "adicional" y más "gravosa" para acceder a la etiqueta que la impuesta al primer grupo de productos, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación "alteran la igualdad de las oportunidades de competencia", de una manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I[882] y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[883]

7.275. Sobre la base de lo anterior, el Grupo Especial formuló constataciones separadas de que los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son, unos y otras, incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[884]

7.276. Como demuestra el resumen anterior, el análisis que hizo el Grupo Especial de la compatibilidad de los criterios de admisibilidad con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III es en cierto modo distinto de su análisis del supuesto efecto perjudicial resultante de esos criterios en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En el contexto del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III, el Grupo Especial evaluó el grado en que la exclusión de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines afecta a las condiciones de competencia relativas de los productos de atún mexicanos, estadounidenses y otros en el mercado estadounidense, mientras que, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial simplemente "reafirm[ó]" la supuesta constatación del Órgano de Apelación de que los criterios de admisibilidad son imparciales sin evaluar expresamente su efecto en el acceso de los grupos pertinentes de productos de atún similares a la etiqueta *dolphin safe*.[885] En cambio, en sus análisis independientes de la compatibilidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes con el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 4 del artículo III, el enfoque del Grupo Especial reflejó en gran medida su enfoque respecto de la evaluación del supuesto efecto perjudicial de cada uno de esos conjuntos de prescripciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.277. Recordamos que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación criticó la "suposición" del Grupo Especial inicial de que las alegaciones formuladas en el marco del Acuerdo OTC y del GATT de 1994 eran "sustancialmente las mismas". Por este motivo, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD y aplicó erróneamente el principio de economía procesal al abstenerse de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[886] Esto se debe a que, a diferencia del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III no obligan a un grupo especial a examinar si el efecto perjudicial de una medida en las oportunidades de competencia para los productos importados similares se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.[887] Además, a diferencia del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la obligación de trato de la nación más favorecida del párrafo 1 del artículo I no está expresada en términos de "trato no menos favorable", sino más bien por medio de una obligación de conceder *cualquier* "ventaja" concedida por un Miembro a *cualquier* producto originario de *cualquier* otro país o destinado a él "inmediata e incondicionalmente" a todo "producto similar" originario de todos los demás Miembros o a ellos destinado.[888]

7.278. A pesar de estas diferencias, existen importantes paralelismos entre las disposiciones de no discriminación contenidas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En particular, la indagación en el marco de estas disposiciones depende de la cuestión de si la medida en litigio modifica las condiciones de

[881] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.463.
[882] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.464.
[883] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.503.
[884] Informe del Grupo Especial, párrafos 8.3.a, 8.3.b y 8.3.c, respectivamente. Posteriormente, el Grupo Especial constató que los "criterios de admisibilidad" cumplen los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 (*ibid*., párrafo 8.5.a), mientras que las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" no lo hacen. (*Ibid*., párrafos 8.5.b y 8.5.c, respectivamente.)
[885] Véase la sección 7.2.2 del presente informe.
[886] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 405.
[887] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.93 y 5.105.
[888] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.81.

competencia en el mercado del Miembro demandado en detrimento de los productos importados procedentes del Miembro reclamante frente a los productos nacionales similares o los productos similares importados de cualquier otro país.[889] En consecuencia, al evaluar si una medida afecta a las condiciones de competencia en el marco del párrafo 1 del artículo I y/o el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, puede ser razonable que un grupo especial se apoye en cualesquiera constataciones pertinentes que haya formulado al examinar el efecto perjudicial de esa medida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por estas razones, no consideramos que el hecho de que el Grupo Especial se basara, en sus análisis en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, en un razonamiento y unas constataciones determinados procedentes de su análisis del efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC fuera, en sí mismo, inadecuado.

7.279. Sin embargo, recordamos que ya hemos expresado varias preocupaciones respecto del enfoque adoptado por el Grupo Especial, en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, para evaluar si la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.[890]

7.280. En primer lugar, sostuvimos que, al segmentar su análisis en los tres conjuntos de prescripciones establecidas en la medida sobre el atún modificada, el Grupo Especial no hizo una evaluación holística de la forma en que esas distintas condiciones de etiquetado, consideradas conjuntamente, afectan desfavorablemente a las condiciones de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense en comparación con los productos de atún similares estadounidenses o de otros orígenes. El Grupo Especial tampoco tuvo debidamente en cuenta la cuestión de si ese efecto perjudicial se parece, en su naturaleza o en su alcance, al efecto perjudicial que se constató, en el procedimiento inicial, que existía en el marco de la medida sobre el atún inicial, ni de qué manera se parece a él. Estas consideraciones se aplican igualmente al enfoque analítico adoptado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III. A nuestro juicio, el examen que hizo el Grupo Especial del acceso relativo a la etiqueta *dolphin safe* para los productos de atún mexicanos, estadounidenses y otros no debería haberse limitado a la distinción reglamentaria entre los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún derivados de atún capturado por otros métodos de pesca. En realidad, aunque se puede negar a los productos de atún mexicanos el acceso a la etiqueta *dolphin safe* debido al hecho de que se derivan de atún capturado mediante lances sobre delfines, otros elementos de la medida sobre el atún modificada, como la norma relativa a que "no se dé muerte ni se hiera gravemente a ningún delfín" y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, también pueden excluir algunos productos de atún de origen estadounidense o de otro origen del acceso a la etiqueta. Por consiguiente, el Grupo Especial *también* debería haber evaluado la forma en que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación introducidas por la norma definitiva de 2013 para los productos de atún originarios de fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tuvo el efecto de reducir (o aumentar) el acceso a la etiqueta *dolphin safe* para esos productos de atún, reduciendo (o ampliando) así la diferencia de trato entre los productos de atún mexicanos y los productos similares estadounidenses o de otro origen por lo que respecta al acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Al no hacerlo, el análisis segmentado del Grupo Especial no llegó a ser un examen adecuado de la medida en que las distintas condiciones de etiquetado previstas en la medida sobre el atún modificada, consideradas conjuntamente, modifican el efecto perjudicial que se constató que existía en el procedimiento inicial.

7.281. En segundo lugar, observamos que, en sus análisis separados sobre el efecto perjudicial respecto de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial realizó una comparación de un subconjunto de los grupos de productos pertinentes que se ha constatado que son "similares" en esta diferencia: por un lado, los productos de atún mexicanos derivados de atún capturado por métodos distintos de los lances sobre delfines; por otro, los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros países derivados de atún capturado por métodos distintos de los lances sobre delfines. Adoptamos la opinión de que, para llegar a sus conclusiones sobre el efecto perjudicial, el Grupo Especial debería más bien haber

[889] Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.88 y 5.101; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 129; *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268.

[890] Véase la sección 7.2.2 del presente informe.

comparado el trato que las condiciones de etiquetado establecidas en la medida sobre el atún modificada conceden al *grupo* de productos de atún mexicanos, por un lado, con el trato concedido a los *grupos* de productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y de otros países, por otro. Estas consideraciones se aplican de la misma manera al enfoque analítico adoptado por el Grupo Especial y a los grupos de productos que comparó para evaluar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación discriminan a los productos de atún mexicanos en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.282. Por las razones expuestas *supra*, consideramos que, al evaluar si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial aplicó un enfoque incorrecto. Por consiguiente, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la cuestión de si la medida sobre el atún modificada: i) otorga una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" a los productos de atún de otros Miembros que no es "concedido inmediata e incondicionalmente" a los productos similares procedentes de México, de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994; y ii) concede a los productos de atún mexicanos un "trato menos favorable" que el concedido a los productos similares nacionales, de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente, revocamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.3.a, 8.3.b y 8.3.c de su informe, de que los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son, unos y otras, incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.283. Tras haber revocado estas constataciones del Grupo Especial, no consideramos necesario pronunciarnos sobre las alegaciones formuladas por los Estados Unidos en apelación según las cuales: i) el Grupo Especial atribuyó indebidamente la carga de la prueba con arreglo al párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III al formular constataciones sobre los costos y cargas diferentes que imponen las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación a los proveedores de productos de atún que operan dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO[891]; ii) el Grupo Especial incurrió en error al constatar la existencia de una diferencia de costos y cargas derivada de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación y al no explicar cómo modifica esa diferencia las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos[892]; y iii) el Grupo Especial no estableció debidamente una relación auténtica entre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación y cualquier efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de México en el mercado estadounidense.[893]

7.3.2 La parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994

7.284. El Grupo Especial constató que las características de la medida sobre el atún modificada que dieron lugar a infracciones de los artículos I y III se relacionan con el objetivo de conservar a los delfines y, por consiguiente, están provisionalmente justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.[894] Ninguno de los participantes ha impugnado esa constatación en apelación.[895] Por consiguiente, pasamos a abordar las alegaciones de los Estados Unidos y México en relación con el análisis y las constataciones del Grupo Especial en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Antes de abordar esas alegaciones, expondremos las constataciones pertinentes del Grupo Especial.

---

[891] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 357 y 359 (donde se hace referencia a los párrafos 136-144 y 288-295).

[892] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 357 y 359 (donde se hace referencia a los párrafos 145-155 y 314-319).

[893] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 357 y 359 (donde se hace referencia a los párrafos 167-184 y 327-330).

[894] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.541. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX. (*Ibid.*, párrafo 7.545.)

[895] En su anuncio de apelación, los Estados Unidos también formularon una solicitud condicional de que se completase el análisis jurídico en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Como esa solicitud estaba supeditada a que México apelase la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el atún modificada está provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994 -algo que México no hizo-, no necesitamos examinar la solicitud de los Estados Unidos.

7.3.2.1 Las constataciones del Grupo Especial

7.285. Al analizar la defensa de los Estados Unidos al amparo del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial trató de determinar si las prescripciones de la medida sobre el atún modificada, incluidos sus criterios de admisibilidad, prescripciones en materia de certificación y prescripciones en materia de seguimiento y verificación, están justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX.[896] El Grupo Especial se mostró de acuerdo con las partes en que los delfines son un "recurso natural agotable"[897], y señaló que las medidas diseñadas para reducir el daño causado a delfines en las prácticas de pesca comerciales "se refieren" a la protección de los delfines y son "relativa[s]" a la conservación de los delfines.[898] A juicio del Grupo Especial, "la medida sobre el atún modificada sigue ocupándose fundamentalmente del sufrimiento causado a delfines en el contexto de las prácticas de pesca comerciales, tanto dentro como fuera del PTO, y causado tanto por lances sobre delfines como por otros métodos de pesca de atún".[899] Por consiguiente, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de admisibilidad, certificación y seguimiento y verificación son "relativas a[l]" el objetivo de conservar a los delfines, ya que contribuyen a garantizar que el mercado estadounidense de atún no funcione de manera que aliente las técnicas de pesca que no son *dolphin safe*.[900] Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que "las características de la medida sobre el atún modificada que dan lugar a infracciones de los artículos I y III del GATT de 1994 están, no obstante, provisionalmente justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994".[901]

7.286. En lo que se refiere a la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial consideró que, cuando se analiza la imparcialidad en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC usando como lente la discriminación arbitraria o injustificada, o utilizando el marco analítico de dicha discriminación, puede ser apropiado basarse en ese razonamiento en el contexto de la evaluación de la compatibilidad de una medida con la parte introductoria del artículo XX.[902] El Grupo Especial reconoció que, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación había reprochado al Grupo Especial que hubiera incorporado automáticamente su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.[903] El Grupo Especial en esa diferencia no consideró que ello impidiera basarse en constataciones formuladas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en el contexto de la parte introductoria del artículo XX, sino que lo único que tenían que hacer los grupos especiales era justificar la utilización de esas constataciones. El Grupo Especial señaló que sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 se basaban en su conclusión de que características específicas de la medida sobre el atún modificada son arbitrariamente discriminatorias porque no pueden conciliarse con los objetivos de la medida.[904] Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que era "apropiado" basarse en el razonamiento que elaboró en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 en el curso de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.[905]

7.287. El Grupo Especial analizó por separado las prescripciones de la medida sobre el atún modificada en lo relativo a la admisibilidad, certificación y seguimiento y verificación. En lo que se refiere a los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial señaló que la principal distinción reglamentaria de la medida sobre el atún modificada no se refiere a los distintos países, sino más bien a los distintos métodos de pesca, y que es el método de pesca consistente en lances sobre delfines lo que se regula de manera diferente y más rigurosa que otros métodos de pesca. El Grupo Especial señaló, además, que los productos de atún que contienen atún capturado en casos en los que se haya dado muerte o herido gravemente a un delfín no reúnen las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*, con independencia del método de pesca utilizado y con

[896] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.510.
[897] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.521.
[898] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.529.
[899] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.533.
[900] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.535.
[901] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.541. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX. (*Ibid.*, párrafo 7.545.)
[902] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.557.
[903] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.558 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310).
[904] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.559.
[905] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.560.

independencia de dónde y cómo se haya capturado el atún. El Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que la condición más apropiada que debe examinarse son los daños diferentes causados a los delfines por los lances sobre delfines frente a los causados por otros métodos de pesca.[906] El Grupo Especial recordó que los lances sobre delfines causan daños no observables a los delfines más allá de la muerte y las heridas graves. Esos daños se producen "como resultado de la propia caza", y respaldan la conclusión del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de que los lances sobre delfines son "especialmente dañinos" para esos animales.[907] El Grupo Especial también subrayó la constatación del Grupo Especial inicial de que los efectos observados y no observados de los lances sobre delfines se "aborda[ba]n plenamente" en la medida inicial precisamente porque esta "priva[ba] a todos los productos de atún que cont[enían] atún capturado con ese método del acceso a la etiqueta '*dolphin safe*'"[908], y que, "en la medida en que no desalentaría esos efectos no observados de los lances sobre delfines ni sus posibles consecuencias para las poblaciones de delfines …, la utilización de las prescripciones del APICD en materia de etiquetado … podría proporcionar un menor grado de protección que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* vigentes".[909]

7.288. Aplicando esas constataciones en el presente asunto, el Grupo Especial no quedó convencido de que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causen los mismos daños no observados o daños no observados similares. En lugar de ello, el Grupo Especial coincidió con los Estados Unidos en que incluso si hay pesquerías de atún que utilizan tipos de artes que producen el mismo número de muertes y heridas graves de delfines permitido o causado en el PTO "simplemente *no* es cierto que esas pesquerías den lugar al mismo nivel de daños no observados, como la separación de madres y crías, daños musculares y fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo, que aparecen como resultado de la propia caza".[910] El Grupo Especial señaló asimismo que el Órgano de Apelación no dijo en el procedimiento inicial que los Estados Unidos debieran excluir todos los demás métodos de pesca del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, o que los lances sobre delfines y otros métodos de pesca debieran ser regulados de la misma manera. Por el contrario, el Órgano de Apelación aceptó que los Estados Unidos pueden "adaptar" las prescripciones impuestas por la medida sobre el atún modificada en función de "la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones" de las distintas pesquerías.[911]

7.289. El Grupo Especial señaló que las partes estaban de acuerdo en que uno de los factores más importantes para determinar si la discriminación es arbitraria o injustificable es si la discriminación puede conciliarse o está racionalmente relacionada con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX.[912] A juicio del Grupo Especial, los criterios de admisibilidad están racionalmente relacionados con el objetivo de protección de los delfines de la medida sobre el atún modificada. En su opinión, el hecho de que otros métodos de pesca no causen el tipo de daños no observables que causan los lances sobre delfines significa que, por lo menos en la medida en que se trata de los criterios de admisibilidad, las condiciones que prevalecen en las pesquerías en que el atún se captura mediante lances sobre delfines y en las pesquerías en que no se utiliza ese método no son las mismas. Tras haber considerado que cualquier discriminación causada por los criterios de admisibilidad está directamente conectada con el objetivo principal de la medida sobre el atún

[906] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.577.
[907] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.579 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 246 y 289).
[908] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.580 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287).
[909] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.580 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.613). Recordamos que los productos de atún pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* del APICD siempre que no se haya dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín al capturar el atún contenido en ellos, aunque el atún se haya capturado mediante lances sobre delfines.
[910] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.581 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 113. (las cursivas figuran en el original))
[911] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.582 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286).
[912] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.583.

modificada, el Grupo Especial constató que ese aspecto de la medida no es incompatible con los requisitos de la parte introductoria del artículo XX.[913]

7.290. En lo que se refiere a las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial recordó su constatación de que, aunque los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan mortalidad y heridas graves de delfines, la naturaleza y el grado de la interacción entre los buques atuneros y los delfines son diferentes en términos cuantitativos y cualitativos.[914] Por consiguiente, puede no haber necesidad de que haya a bordo un observador cuya única tarea sea vigilar la seguridad de los delfines durante el lance u otro empleo de artes. El Grupo Especial consideró esto suficiente para demostrar que mantener prescripciones en materia de certificación diferentes no equivale necesariamente a imponer una discriminación injustificable o arbitraria, si bien tampoco es necesariamente decisivo para determinar si el sistema vigente en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO -que exige certificaciones de los capitanes únicamente- es equilibrado y está justificado en el sentido de la parte introductoria del artículo XX.[915]

7.291. El Grupo Especial coincidió con México en que los certificados de los capitanes pueden no ser fiables porque estos pueden no poseer los conocimientos técnicos necesarios para certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance o empleo de artes determinado.[916] En particular, el Grupo Especial señaló que las tareas que generalmente se esperan de un capitán pueden ser bastante diferentes de las que implica la certificación de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en lances u otros empleos de artes, y que los capitanes u otros miembros de la tripulación no poseen siempre y necesariamente esas aptitudes tan especializadas.[917] En opinión del Grupo Especial, los Estados Unidos no habían explicado suficientemente cómo pueden los capitanes cumplir las obligaciones que lleva consigo la certificación para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* ya que no parecen poseer los conocimientos técnicos específicos que necesitan para hacerlo debidamente.[918] El Grupo Especial recordó además sus preocupaciones respecto de las disposiciones relativas a las determinaciones, debidas al hecho de que esas determinaciones solo son posibles con respecto a determinadas pesquerías, y los Estados Unidos no habían explicado adecuadamente qué conexión racional tenía esa limitación con los objetivos que se trataba de alcanzar con la medida sobre el atún modificada.[919]

7.292. Basándose en este análisis, el Grupo Especial consideró que las constataciones que había formulado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se aplicaban con igual fuerza en el contexto de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. A juicio del Grupo Especial, en la medida en que las prescripciones en materia de certificación diferentes no están justificadas por el objetivo de conservar a los delfines proporcionando a los consumidores información exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún, ese aspecto de la medida sobre el atún modificada es injustificable y arbitrariamente discriminatorio. Asimismo, el Grupo Especial declaró que, contrariamente a lo que ocurre en el contexto de los criterios de admisibilidad, a los efectos de este elemento de la medida, las condiciones que prevalecen entre los Miembros son las mismas, porque se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos y, por consiguiente, es necesaria una certificación exacta con independencia de la pesquería determinada en que se capture el atún. Por consiguiente, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de certificación diferentes no se aplican en forma compatible con los requisitos de la parte introductoria del artículo XX.[920] Uno de los integrantes del Grupo Especial expresó una opinión separada similar a la manifestada en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[921]

---

[913] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.584. El Grupo Especial se basó en el mismo razonamiento para concluir que los criterios de admisibilidad se aplican de manera que no constituye una restricción encubierta al comercio. (*Ibid*., párrafo 7.585.)

[914] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.592.

[915] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.593.

[916] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.598.

[917] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.601.

[918] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.603.

[919] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.604.

[920] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.605.

[921] El integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada consideró, contrariamente a la opinión de la mayoría del Grupo Especial, que los Estados Unidos habían demostrado que las prescripciones diferentes en cuanto a quién debe otorgar una certificación *dolphin safe* tienen una conexión racional con los

7.293. En lo que se refiere a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial recordó su conclusión de que esas prescripciones imponen una carga más ligera en el caso de los productos de atún que contienen atún capturado en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[922] El Grupo Especial consideró válidos los argumentos de México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación menos rigurosas impuestas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pueden hacer más probable que los productos de atún que contienen atún capturado por buques distintos de los grandes buques de cerco sea etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*, aunque no consideró necesario formular una constatación definitiva sobre ese punto. El Grupo Especial se mostró de acuerdo con México en que la menor carga impuesta en el caso de los productos de atún que contienen atún capturado en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no está racionalmente relacionada con el objetivo de la medida sobre el atún modificada de conservar a los delfines proporcionando a los consumidores información sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún. Además, el Grupo Especial consideró que, en tanto en cuanto las prescripciones diferentes pueden hacer más fácil que los productos de atún que contienen atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO sea etiquetado incorrectamente, esto sería también incompatible con el objetivo de la medida de proporcionar información exacta a los consumidores. A juicio del Grupo Especial, los Estados Unidos no habían proporcionado ninguna explicación de la manera en que ese trato diferenciado está relacionado con, y aún menos justificado por, los objetivos que trata de alcanzar la medida sobre el atún modificada. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican en forma que constituye una discriminación injustificable y arbitraria, contraria a lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.[923]

7.3.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el análisis que hizo en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994

7.294. Los participantes presentan alegaciones en las que impugnan diferentes partes del análisis y las constataciones del Grupo Especial en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. México impugna las constataciones del Grupo Especial relativas a los criterios de admisibilidad, y nos solicita que modifiquemos el razonamiento del Grupo Especial y constate que los criterios de admisibilidad demuestran también que la medida sobre el atún modificada en su totalidad se aplica en una forma tal que constituye una discriminación arbitraria o injustificable.[924] Por su parte, los Estados Unidos impugnan las constataciones del Grupo Especial relativas a las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, y nos solicitan que revoquemos las alegaciones del Grupo Especial y complete el análisis jurídico a este respecto.[925]

7.295. Ambos participantes sostienen que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la cuestión de si hay discriminación "entre los países en que prevalecen las mismas condiciones". El Grupo Especial constató que, en lo relativo a los criterios de admisibilidad, las condiciones de los diferentes países *no son* las mismas.[926] México apela esta constatación. Sin embargo, en lo que se refiere a las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial constató que las condiciones de los diferentes países *son* las mismas.[927] Los Estados Unidos apelan estas constataciones del Grupo Especial.

7.296. Además, ambos participantes presentan alegaciones de error relativas al análisis que hizo el Grupo Especial de la cuestión de si la discriminación es "arbitraria o injustificable". El Grupo

---

riesgos diferentes con que se enfrentan los delfines en distintas zonas de los océanos y debido a distintos métodos de pesca o están adaptadas a esos riesgos. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.606.)
Sin embargo, el integrante del Grupo Especial coincidió con la mayoría en la constatación de que los Estados Unidos no habían explicado ni justificado la discriminación causada por las disposiciones relativas a las determinaciones, y, solo por ese motivo, habría constatado que los Estados Unidos no habían establecido que las prescripciones en materia de certificación se aplican de manera compatible con la parte introductoria del artículo XX. (*Ibid*., párrafo 7.607.)

[922] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.610.
[923] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.611.
[924] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 167 d).
[925] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 463.
[926] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.584.
[927] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.605.

Especial constató que los criterios de admisibilidad *están* directamente relacionados con los objetivos de la medida, y por consiguiente se aplican de manera que cumple los requisitos de la parte introductoria.[928] México apela esa constatación. En cambio, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación *no están* directamente relacionadas con los objetivos de la medida, y por consiguiente se aplican de manera que no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX.[929] Los Estados Unidos apelan estas constataciones.

7.3.2.2.1 Discriminación entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones

7.297. Con respecto al análisis de los criterios de admisibilidad realizado por el Grupo Especial, México alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que "las condiciones que prevalecen en las pesquerías en que el atún se captura mediante lances sobre delfines y en las pesquerías en que no se utiliza ese método *no* son las mismas".[930] México considera que esta constatación es errónea porque, a su juicio, las condiciones pertinentes no son las diferencias en los daños no observables, sino en la mortalidad y las heridas graves de los delfines (tanto observadas como no observadas) causadas por las operaciones de pesca comercial de atún. Como resultado, debido a que hay mortalidad y heridas en pesquerías de atún distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, las condiciones pertinentes son las mismas, y el Grupo Especial incurrió en error al limitar las condiciones pertinentes únicamente a las consecuencias de los efectos no observables.[931]

7.298. Los Estados Unidos responden que "las 'condiciones' pertinentes se refieren a *todos* los efectos perjudiciales que sufren los delfines, que ... incluyen no solo la mortalidad y las heridas graves, sino los daños no observables que sufren los delfines como resultado de su caza".[932] Puesto que consideran que el daño a los defines que tiene lugar en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es diferente del daño en otras pesquerías, los Estados Unidos aducen que las condiciones no son las mismas en una y otras pesquerías. Así pues, aducen los Estados Unidos, dado que las condiciones pertinentes no son las mismas, no existe discriminación a los efectos de la parte introductoria, y los criterios de admisibilidad están por lo tanto justificados al amparo del artículo XX.[933]

7.299. Con respecto al análisis de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación realizado por el Grupo Especial, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial no llevó a cabo un examen independiente de si las prescripciones discriminan entre países en que prevalecen las mismas condiciones. En el contexto de las prescripciones en materia de certificación, la única condición que citó el Grupo Especial fue el hecho de que "se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos" y su conclusión de que "es necesaria una certificación exacta con independencia de la pesquería determinada" en que se haya capturado el atún.[934] Los Estados Unidos afirman que la condición pertinente en esta diferencia es *el daño relativo* (tanto observado como no observado) que sufren los delfines a causa de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías, y que las constataciones formuladas en el procedimiento inicial confirman que esta condición no es la misma en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y en todas las demás pesquerías.[935] Los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial se centró en la cuestión de si las diferencias en la instrucción y formación de observadores y capitanes tienen como resultado diferencias en la exactitud de las certificaciones, y observan que el Grupo Especial no formuló "constatación definitiva" alguna con respecto a la exactitud de las certificaciones y que, en todo caso, las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial no respaldan esa constatación.[936] Por consiguiente, los Estados Unidos consideran que el análisis del Grupo Especial "no encuentra

[928] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.584 y 8.5.a.
[929] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.605, 7.611 y 8.5.b y 8.5.c.
[930] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 156 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.584). (las cursivas son de México)
[931] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 158.
[932] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 178. (las cursivas figuran en el original)
[933] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 180.
[934] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 391 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.605).
[935] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 393 y 394.
[936] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 395-399.

respaldo jurídico en las pruebas obrantes en el expediente".[937] En el contexto de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, los Estados Unidos mantienen que el Grupo Especial ni siquiera abordó la cuestión de si esas prescripciones discriminan entre países en los que prevalecen las mismas condiciones.[938]

7.300. En respuesta, México aduce que el Grupo Especial constató correctamente que las mismas condiciones existen en el caso de México, los Estados Unidos y otros países porque se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos. Por consiguiente, es necesario que la certificación y el seguimiento y la verificación sean exactos con independencia de la pesquería determinada en que se capture el atún.[939] México no está de acuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que las condiciones pertinentes son el daño relativo que sufren los delfines a causa de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías, y de que esas condiciones no son las mismas en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y en todas las demás pesquerías. Como recuerda México citando la comunicación que había presentado en calidad de otro apelante, las condiciones pertinentes son la mortalidad y las heridas graves de los delfines (tanto observadas como no observadas) causadas por las operaciones de pesca comercial de atún.[940] En consecuencia, el Grupo Especial "actuó correctamente al constatar, explícita o implícitamente, que la medida sobre el atún modificada discrimina entre países en que prevalecen las mismas condiciones".[941]

7.301. El Órgano de Apelación ha identificado tres elementos analíticos respecto de la discriminación arbitraria o injustificable en la parte introductoria del artículo XX: i) la aplicación de la medida da lugar a una discriminación; ii) la discriminación se da entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones; y iii) la discriminación es arbitraria o injustificable.[942] En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación consideró que la segunda de esas tres partes "exige que se evalúe si las 'condiciones' que prevalecen en los países entre los que supuestamente la medida discrimina son 'las mismas'".[943] Ello indica que la evaluación de si existe discriminación entre países en los que las condiciones que prevalecen son "las mismas" es una premisa del examen de un grupo especial sobre si esa discriminación es "arbitraria o injustificable" e informa necesariamente ese examen.[944] El Órgano de Apelación añadió que, al evaluar qué "condiciones" son *pertinentes* a los efectos de establecer la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable, puede encontrarse un contexto pertinente en el apartado particular del artículo XX al amparo del cual se haya justificado provisionalmente una medida y en las disposiciones del GATT de 1994 con las que una medida haya sido declarada incompatible.[945]

7.302. No vemos que los participantes difieran de forma importante en cuanto al carácter general de las "condiciones" que son pertinentes a los efectos del análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX. Tanto México como los Estados Unidos parecen estar de acuerdo en que las condiciones pertinentes son, en términos generales, el daño que sufren los delfines en razón de las operaciones de pesca comercial de atún. Más bien, su desacuerdo parece radicar en el *grado* de especificidad con que se deberían identificar esos daños, y en *si, como cuestión de hecho*, los daños resultantes de los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por una parte, y los resultantes de otros métodos de pesca en otras pesquerías, por otra, son similares o diferentes. México aduce que las condiciones pertinentes que prevalecen entre países son *las mismas* porque los daños a los delfines en términos de mortalidad y heridas graves se producen con independencia de la zona de pesca o el método empleado. Por el

[937] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 400.
[938] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 401.
[939] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 202.
[940] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 202 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafos 155-158).
[941] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 203.
[942] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 150.
[943] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.299.
[944] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.317.
[945] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.300 y 5.301 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 26 y 27; y *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 150). El Órgano de Apelación consideró que no se había impugnado que "las mismas condiciones relativas al bienestar de los animales prevalecen en todos los países donde se cazan focas", y que la Unión Europea no había conseguido demostrar por otro medio que las condiciones que prevalecen en el Canadá y Noruega, por un lado, y Groenlandia, por otro, "difieran en forma pertinente". En consecuencia, el Órgano de Apelación siguió adelante sobre la base de que las condiciones que prevalecían en esos países eran "las mismas" a los fines de la cláusula introductoria del artículo XX. (*Ibid*., párrafo 5.317.)

contrario, los Estados Unidos aducen que las condiciones pertinentes que prevalecen entre países *no* son *las mismas* porque los daños a los delfines, y en particular los daños no observables, son mayores en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. A este respecto, el desacuerdo entre los participantes equivale a otra reiteración de sus posiciones opuestas sobre si los daños o los riesgos asociados con los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son mayores que los asociados con otros métodos de pesca que se producen en el PTO y en otros lugares.

7.303. Sin embargo, en sus argumentos, los participantes prestan poca atención a los factores subyacentes que informan las condiciones que son pertinentes a los efectos del análisis realizado por el Grupo Especial. Tanto México como los Estados Unidos hacen referencia a la orientación que ofreció el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* según la cual la identificación de las "condiciones pertinentes" en el marco de la cláusula introductoria puede interpretarse en conexión con el apartado aplicable del artículo XX al amparo del cual se haya justificado provisionalmente la medida y con las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994 respecto de las que se haya constatado un incumplimiento.[946] Sin embargo, ni uno ni otro participante analizan a fondo de qué modo favorecen esos factores su opinión frente a la del otro participante en lo relativo a qué condiciones son pertinentes en la presente diferencia.

7.304. Por lo que respecta al análisis realizado por el Grupo Especial, observamos en primer lugar que el Grupo Especial parece haber constatado efectivamente que, a los efectos de su examen de *los criterios de admisibilidad*, la condición pertinente eran *los daños a los delfines resultantes de los efectos no observables de los métodos de pesca*. Como explicó el Grupo Especial, "el hecho de que otros métodos de pesca no causen el tipo de daños no observables que causan los lances sobre delfines significa que, por lo menos en la medida en que se trata de los criterios de admisibilidad, las condiciones que prevalecen en las pesquerías en que el atún se captura mediante lances sobre delfines y en las pesquerías en que no se utiliza ese método no son las mismas".[947] En cambio, en su examen de las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial parece haber considerado que la condición pertinente eran *los daños a los delfines resultantes de la muerte o las heridas graves*. En este punto, el Grupo Especial afirmó que, "contrariamente a lo que ocurre en el contexto de los criterios de admisibilidad, a los efectos de este elemento de la medida, las condiciones que prevalecen entre los Miembros son las mismas, porque se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos y, por consiguiente, es necesaria una certificación exacta con independencia de la pesquería determinada en que se capture el atún".[948] El Grupo Especial no formuló declaración alguna sobre las condiciones que prevalecen entre los países en el contexto de su análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.

7.305. Nos preocupa la opinión del Grupo Especial de que las condiciones pertinentes en el caso de determinados aspectos de la medida (los criterios de admisibilidad) difieren de algún modo de las condiciones pertinentes en el caso de otros aspectos de la medida (las prescripciones en materia de certificación), y su conclusión definitiva de que las condiciones *no* son *las mismas* en el primer caso, pero son *las mismas* en el último caso. El artículo XX exige que la *medida* no se aplique en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. Por lo tanto, no entendemos cómo consideró el Grupo Especial que conjuntos diferentes de condiciones son pertinentes con respecto a aspectos diferentes de la medida en litigio. Quizá adoptó este enfoque porque, como señalamos en secciones anteriores de nuestro informe, el Grupo Especial parece haber comparado conjuntos diferentes de productos de atún en función de las prescripciones concretas de la medida que estaba examinando. Es decir, cuando se ocupó de los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial comparó el trato dado a los productos de atún que reunían o no reunían las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe* según esos productos eran derivados o no de atún capturado mediante lances sobre delfines, mientras que, cuando se ocupó de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, el Grupo Especial comparó el trato dado a los productos de atún que cumplían conjuntos diferentes de prescripciones en distintas pesquerías, pero que reunían todos ellos las condiciones para acceder a la etiqueta *dolphin safe*. Reiteramos la

[946] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 155; y comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 385 (en las que se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.300).

[947] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.584.

[948] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.605.

preocupación que hemos manifestado con anterioridad en cuanto a que el análisis segmentado que hizo el Grupo Especial de la medida le llevó a aislar su consideración de elementos diferentes de la medida sin examinar la manera en que esos elementos están interrelacionados, y sin conciliar las distintas conclusiones que extrajo con respecto a esos elementos. En particular, no vemos sobre qué base las condiciones pertinentes en el caso de las prescripciones en materia de certificación o de seguimiento y verificación serían diferentes de las pertinentes en el caso de los criterios de admisibilidad dado que, como hemos señalado, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* está supeditado a la satisfacción de todas las condiciones, incluidas las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, contenidas en la medida sobre el atún modificada.

7.306. Además, el Grupo Especial no explicó por qué eligió las condiciones que eligió. Recordamos que, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación ofreció orientación sobre esta cuestión, señalando que la identificación de las "condiciones pertinentes" en el marco de la cláusula introductoria puede basarse, en lo tocante al contexto pertinente, en el apartado aplicable del artículo XX al amparo del cual se haya justificado provisionalmente la medida y en las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994 respecto de las que se haya constatado un incumplimiento.[949] En esta diferencia, el Grupo Especial no mencionó el apartado g) al identificar las "condiciones" pertinentes a los efectos de la parte introductoria del artículo XX. Antes bien, en el contexto de su examen de los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial no identificó las condiciones pertinentes en la referencia a esos elementos, sino más bien a los riesgos asociados con "las pesquerías en que el atún se captura mediante lances sobre delfines y ... las pesquerías en que no se utiliza ese método".[950] En el contexto de las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial afirmó que, contrariamente a lo que ocurre en el contexto de los criterios de admisibilidad, las condiciones que prevalecen entre los Miembros respecto de las prescripciones en materia de certificación son las mismas, ya que "se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos".[951]

7.307. Observamos que, en el contexto de su análisis en el marco del apartado g) del artículo XX, el Grupo Especial hizo referencia a que las partes estaban de acuerdo en que los delfines son un "recurso natural agotable"[952]; en que uno de los objetivos del régimen estadounidense de etiquetado *dolphin safe* es contribuir a la protección de los delfines; y en que por lo tanto la conservación de los delfines es un objetivo de política incluido en el ámbito de aplicación del apartado g) del artículo XX.[953] El Grupo Especial añadió que una medida diseñada para reducir el daño causado a delfines en las prácticas de pesca comerciales se refiere a la protección de los delfines.[954] Recordamos también la declaración del Grupo Especial de que "la medida sobre el atún modificada sigue ocupándose fundamentalmente del sufrimiento causado a delfines en el contexto de las prácticas de pesca comerciales, tanto dentro como fuera del PTO, y causado tanto por lances sobre delfines como por otros métodos de pesca de atún".[955] Además, el Grupo Especial inicial reconoció que los efectos perjudiciales en los delfines que abordan las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* están relacionados con la mortalidad y las heridas graves observadas y no observadas en delfines durante las operaciones de pesca de atún.[956] En el contexto del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial examinó las diferencias en el trato concedido a los productores mexicanos de productos de atún, por una parte, y a los productores estadounidenses y otros productores de productos de atún, por otra. Sin embargo, con independencia del tipo y la naturaleza de las prescripciones aplicables que figuran en la medida sobre el atún modificada, todas esas prescripciones intentan evitar el riesgo de daño a los delfines derivado de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.

7.308. Esos factores nos indican que las condiciones que prevalecen entre países son los riesgos de efectos perjudiciales en los delfines resultantes de las prácticas de pesca de atún. Además, tras indicar en otras partes de su análisis que las condiciones pertinentes a los efectos de la medida sobre el atún modificada son los daños a los delfines resultantes de las prácticas de pesca de atún,

[949] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.300.
[950] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.584.
[951] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.605.
[952] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.521.
[953] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.525.
[954] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.529.
[955] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.533.
[956] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.528 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.486).

no está claro por qué el Grupo Especial identificó después condiciones más específicas relativas al *tipo* o el *nivel* de daño como pertinentes para diferentes aspectos de la medida, y seguidamente constató que solo con respecto a uno de esos aspectos (a saber, los criterios de admisibilidad) las condiciones diferían, mientras que en el caso de otro aspecto (a saber, las prescripciones en materia de certificación) las condiciones eran las mismas. Consideramos que ese análisis no es compatible con el requisito establecido en la parte introductoria de que la *medida* no se aplique en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, ni trata debidamente los elementos integrados del régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos. En las circunstancias de este asunto, procederemos sobre la base de que las condiciones que prevalecen entre países son las mismas a los efectos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.3.2.2.2 Discriminación arbitraria o injustificable

7.309. Pasamos ahora a abordar las alegaciones de los participantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la cuestión de si la discriminación es "arbitraria o injustificable".

7.310. Con respecto al análisis de los criterios de admisibilidad realizado por el Grupo Especial, México alega que el Grupo Especial debería haberse centrado en el objetivo de política reflejado en el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, más que en los objetivos de la medida.[957] México aduce que, de haberlo hecho así, el Grupo Especial se habría centrado debidamente en "la reducción de la mortalidad y las heridas graves de delfines en todas las circunstancias", y no en el distinto tipo, naturaleza, calidad, magnitud o regularidad de los efectos perjudiciales.[958] Según México, no hay base para la "adaptación" en función de diferentes niveles de mortalidad o heridas graves de delfines para lograr el objetivo de política previsto en el apartado g) del artículo XX. México observa que ha impugnado la concesión de la etiqueta *dolphin safe* a productos de atún producidos con atún capturado por las flotas de otros países que utilizan distintos métodos de pesca en distintas pesquerías. Considera que las pruebas sometidas al Grupo Especial y las constataciones del Grupo Especial "establecen claramente que esos otros métodos de pesca causan mortalidad y daños graves observados y no observados a delfines".[959]

7.311. En respuesta a la alegación de México, los Estados Unidos aducen que la práctica de efectuar lances sobre delfines conlleva un peligro inherente que sencillamente no está presente en otros métodos de pesca, pese al hecho de que esos otros métodos puedan también dar muerte o herir gravemente a delfines. Los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial reconoció la legitimidad de establecer una distinción entre métodos de pesca que tienen naturalezas distintas, y consideran que esa distinción es claramente conciliable y tiene una relación racional con el objetivo de política de proteger a los delfines. Los Estados Unidos también rechazan el argumento de México de que el apartado g) del artículo XX no permite a los Miembros aplicar medidas que estén "adaptadas" en función de los distintos riesgos. Observan que, en *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación constató que no tener en cuenta diferentes niveles de riesgo o condiciones en países diferentes indica que una medida no cumple los requisitos de la parte introductoria.[960]

7.312. En su apelación relativa a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial interpretó de forma errónea el análisis de si la discriminación es arbitraria o injustificable. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial consideró erróneamente que se trataba de "una prueba basada en un único factor ... más que un análisis acumulativo de todos los factores que pudieran ser pertinentes para formular tal determinación".[961] Los Estados Unidos sostienen que, al aplicar un análisis jurídico excesivamente restringido, el Grupo Especial erróneamente se basó por completo en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, y pasó por alto indebidamente otros factores pertinentes. Los Estados Unidos esgrimen argumentos similares respecto de las disposiciones relativas a las determinaciones[962] y de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.[963] Además,

[957] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 161.
[958] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 161.
[959] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 162.
[960] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 186 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165; y *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 140-143).
[961] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 416.
[962] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 432 y 434.
[963] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 451.

aducen que el Grupo Especial incurrió en error en su examen de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en el marco de la parte introductoria porque no tuvo en cuenta los diferentes riesgos para los delfines dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[964]

7.313. En respuesta a la alegación de los Estados Unidos, México aduce que el Grupo Especial actuó correctamente al centrarse en la cuestión de si la discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional 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.[965] México aduce que el Grupo Especial no pasó por alto otros factores pertinentes, sino que dio a los Estados Unidos la oportunidad de explicar por qué el trato diferenciado no era arbitrario o injustificable, y que los Estados Unidos no pudieron hacerlo. México considera que el Grupo Especial explicó adecuadamente sus razones para concluir que, en las circunstancias de esta diferencia, era apropiado que se basara en el razonamiento que había elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 en su análisis con arreglo a la parte introductoria del artículo XX.[966]

7.314. A nuestro juicio, esos aspectos de las alegaciones de los participantes plantean dos cuestiones preliminares con respecto al criterio jurídico establecido en la parte introductoria del artículo XX: i) si el Grupo Especial actuó de manera correcta al centrar su análisis en la cuestión de si la discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política de la medida; y ii) si el Grupo Especial actuó de manera correcta al basarse en las constataciones que había formulado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para llegar a sus conclusiones relativas al artículo XX del GATT de 1994. Si el Grupo Especial actuó de manera correcta en ambos casos, debemos evaluar las alegaciones de los participantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la prueba jurídica que identificó.

7.315. En primer lugar, con respecto al criterio jurídico previsto en la parte introductoria del artículo XX, observamos que México y los Estados Unidos impugnan aspectos diferentes de la articulación de ese criterio por el Grupo Especial. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al limitar indebidamente su análisis en el marco de la parte introductoria a una "prueba basada en un único factor" que se centró en si la discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política de la medida. Por su parte, México aduce que el Grupo Especial incurrió en error al centrarse en el objetivo de política de la medida, y no en el objetivo de política identificado en el apartado aplicable del artículo XX.

7.316. El Órgano de Apelación ha afirmado que el análisis de si la discriminación es arbitraria o injustificable "debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia".[967] El Órgano de Apelación ha explicado que ese análisis "debe hacerse a la luz del objetivo de la medida", y que la discriminación será arbitraria o injustificable cuando las razones dadas para esa discriminación "no tienen ninguna conexión racional con el objetivo" o "irían en contra ... del objetivo".[968] Así pues, "[u]no de los factores más importantes" en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX.[969] Ese factor es "especialmente pertinente al evaluar los fundamentos de las explicaciones dadas por el demandado acerca de la causa de la discriminación".[970] No obstante, el Órgano de Apelación ha explicado que esta no es la única prueba, y que podría haber factores adicionales que también fueran pertinentes para esa evaluación global, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate.[971] Por lo tanto, la jurisprudencia del Órgano de Apelación destaca la importancia de examinar la cuestión de si la discriminación puede conciliarse,

[964] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 421 y 455.
[965] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 209 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.553).
[966] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 211.
[967] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 226 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina, Estados Unidos - Camarones* y *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*).
[968] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227.
[969] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.
[970] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227).
[971] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.321.

o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política de medida. Sin embargo, podría además haber factores adicionales pertinentes también para el análisis, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate.

7.317. En esta diferencia, no vemos que el Grupo Especial ofreciera una articulación excesivamente restringida del criterio jurídico. El propio Grupo Especial señaló que la cuestión de la relación racional era "[u]no de los factores más importantes", lo que indica que no consideró que ese análisis excluyera necesariamente el examen de otros factores. Parece que la esencia de la alegación de los Estados Unidos a este respecto se refiere a si el Grupo Especial tuvo en cuenta debidamente los diferentes niveles de riesgo en su análisis en el marco de la parte introductoria. Sin embargo, no consideramos que la articulación del criterio jurídico por el Grupo Especial excluyera ese examen. En cambio, puede suceder que un grupo especial incurra en error al aplicar ese criterio por no tener en cuenta factores que, debido a la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso, sean pertinentes a dicho análisis. Más adelante volveremos a examinar la alegación formulada por los Estados Unidos acerca de si el Grupo Especial aplicó debidamente el análisis en el marco de la parte introductoria para adaptarse a perfiles de riesgo posiblemente diferentes en pesquerías distintas.

7.318. De manera análoga, no coincidimos con México en que el Grupo Especial incurriera en error al articular un criterio jurídico centrado en la cuestión de si hay una relación racional con los objetivos de la medida sobre el atún modificada, y no en el objetivo recogido en el apartado g) del artículo XX. No entendemos cómo centrarse en uno de los objetivos de los apartados del artículo XX, y no en el objetivo de la medida, lleva necesariamente al resultado que busca México. Consideramos que esa distinción es un tanto artificial dado que, en virtud de un examen de si cabe justificar provisionalmente una medida al amparo de uno de los apartados, ya se habrá sometido a prueba el objetivo de la medida frente a uno de los objetivos previstos en el artículo XX, y se habrá constatado que está en consonancia con ese objetivo. En efecto, constataciones anteriores del Órgano de Apelación confirman que hay que centrarse en el objetivo de la medida examinada en relación con el apartado aplicable del artículo XX.[972] Por consiguiente, no entendemos de qué manera, en las circunstancias de la presente diferencia, en que el Grupo Especial ha constatado que el objetivo de proteger a los defines guarda relación con la conservación de los recursos naturales agotables, basarse en el objetivo del apartado g) del artículo XX y no en el de la medida, arrojaría un resultado analítico diferente.

7.319. Por último, nos ocupamos del argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al basarse por completo en el análisis que había llevado a cabo en el marco del párrafo 1 del artículo 2, en lugar de hacer el análisis independiente exigido de conformidad con la parte introductoria del artículo XX. El Grupo Especial abordó esa cuestión en su informe. Aunque reconoció que el Órgano de Apelación había reprochado al Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Productos derivados de las focas* que hubiera incorporado automáticamente su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX, consideró que la constatación del Órgano de Apelación no implica la afirmación de que un grupo especial nunca puede basarse en sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en el contexto de la parte introductoria del artículo XX.[973] Más bien, si un grupo especial trata de basarse en las constataciones formuladas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en el contexto de la parte introductoria, debe justificar su utilización de esas constataciones. En particular, según el razonamiento del Grupo Especial, cuando un análisis de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 se basa totalmente en la cuestión de si la medida se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalecen las mismas condiciones, un grupo especial puede aplicar los aspectos pertinentes del razonamiento y las constataciones fácticas que ha formulado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 a su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.[974] Por lo tanto, el Grupo Especial consideró "apropiado [basarse] en el razonamiento" que había elaborado en el

[972] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 228, donde se constató que un aspecto de la medida "no guarda relación con el objetivo legítimo de la prohibición de las importaciones comprendido en el ámbito del apartado b) del artículo XX, y va incluso en contra de ese objetivo". Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.317.

[973] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.558.

[974] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.558.

contexto de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en el curso de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.[975]

7.320. Hemos considerado anteriormente que era apropiado que el Grupo Especial, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, centrara su análisis de si existe una discriminación arbitraria o injustificable evaluando si la discriminación está racionalmente relacionada, o puede conciliarse, con el objetivo de política de la medida. Aunque señalamos nuestra preocupación por la aplicación que hizo el Grupo Especial del criterio jurídico previsto en el párrafo 1 del artículo 2, no constatamos que el Grupo Especial incurriera en error en su articulación de dicho criterio. En consecuencia, no consideramos que fuera inadecuado, en principio, que el Grupo Especial hiciera referencia a ese mismo criterio jurídico y se basara en él en el contexto de su razonamiento en el marco de la parte introductoria del artículo XX. Coincidimos con el Grupo Especial en que no se trata de una situación en que un grupo especial simplemente haya incorporado su constatación en el marco del párrafo 1 del artículo 2, sino de una situación en que un grupo especial se ha basado en un proceso analítico similar en el marco de las dos disposiciones, centrándose en la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable. Asimismo, aunque el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Productos derivados de las focas* dedicó tres frases a su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX en referencia a sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2[976], en esta diferencia el Grupo Especial elaboró un análisis distinto en el marco del artículo XX y ofreció un razonamiento considerablemente más amplio sobre esta cuestión, además de examinar otras dimensiones del análisis en el marco de la parte introductoria que no habían sido desarrolladas en el contexto de su análisis el marco del párrafo 1 del artículo 2.[977]

7.321. Como señalamos en relación con los argumentos de los Estados Unidos expuestos *supra*, lo fundamental de la alegación de los Estados Unidos se refiere a si el Grupo Especial tuvo en cuenta los diferentes niveles de riesgo para los delfines en su análisis en el marco de la parte introductoria. No vemos que la articulación del criterio jurídico que hizo el Grupo Especial, o el hecho de que se basara en el razonamiento que había elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, impidieran ese examen en el marco de la parte introductoria del artículo XX. Más abajo abordamos la alegación formulada por los Estados Unidos acerca de si el Grupo Especial aplicó debidamente el análisis en el marco de la parte introductoria para adaptarse a perfiles de riesgo posiblemente diferentes en pesquerías distintas.

7.322. Por las razones anteriormente expuestas, no consideramos que México o los Estados Unidos hayan fundamentado sus respectivas alegaciones relativas a la interpretación o articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico en el marco de la parte introductoria del artículo XX, y no estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial incurriera en error en su análisis en el marco de la parte introductoria al basarse en el razonamiento que había elaborado al examinar las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.323. Esto nos lleva a las alegaciones de los participantes en lo relativo a la aplicación por el Grupo Especial del criterio jurídico establecido en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.324. Con respecto al análisis que hizo el Grupo Especial de los criterios de admisibilidad, México sostiene que el Grupo Especial incurrió en error porque, si hubiera centrado debidamente su análisis en el objetivo de reducir la mortalidad y las heridas graves de delfines en todas las circunstancias, no habría habido fundamento para la "adaptación" en función de diferentes niveles de mortalidad o heridas graves de delfines.[978] Por su parte, los Estados Unidos aducen que lo contrario es cierto, y que el Órgano de Apelación ha constatado que *no* tener en cuenta los diferentes niveles de riesgo o condiciones en países diferentes indica que la medida no cumple los requisitos de la parte introductoria.[979]

[975] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.560.
[976] Informes del Grupo Especial, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 7.650.
[977] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.546-7.611.
[978] Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 161.
[979] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 186 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165; y *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 140-143).

7.325. En su examen de los criterios de admisibilidad en el marco de la parte introductoria del artículo XX, el Grupo Especial se basó de nuevo en lo que consideraba una cuestión "solucionada" por el Órgano de Apelación: que los Estados Unidos tienen derecho a excluir del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines, y que no necesitan excluir métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines. Así pues, el Grupo Especial se remitió a su análisis anterior en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC que establecía, a juicio del Grupo Especial, que el Órgano de Apelación había constatado que los criterios de admisibilidad no eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2.[980] El Grupo Especial reiteró su interpretación de que el Órgano de Apelación había concluido que los lances sobre delfines son especialmente dañinos para esos animales debido a los daños no observados resultantes de la propia caza.[981] El Grupo Especial también recordó su opinión de que el Órgano de Apelación no había criticado la medida sobre el atún inicial porque la exclusión de la etiqueta *dolphin safe* se debiera a los lances sobre delfines, sino porque no se ocupaba lo suficiente de los daños causados a esos animales por otros métodos de pesca de atún.[982] Según el Grupo Especial, el Órgano de Apelación aceptó que, en principio, la legislación de la OMC permite a los Estados Unidos "adaptar" las prescripciones impuestas por la medida sobre el atún modificada en función de "la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones" de las distintas pesquerías.[983] El Grupo Especial entendió que esto significaba que, como el Órgano de Apelación constató que los lances sobre delfines son especialmente dañinos para esos animales, reconoció implícitamente que los Estados Unidos no necesitan imponer los mismos criterios a todos los métodos de pesca a fin de garantizar que su régimen sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.326. Recordamos que, en nuestra evaluación del análisis que hizo el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, hemos discrepado de la afirmación del Grupo Especial de que el Órgano de Apelación, en el procedimiento inicial, había solucionado la cuestión de que los Estados Unidos tienen derecho a excluir en todo momento los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, y de que pueden poner su régimen de etiquetado *dolphin safe* en conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 sin excluir los métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines. Hemos considerado asimismo que, al constatar que esta cuestión había quedado "solucionada" en el procedimiento inicial, el Grupo Especial excluyó un análisis relacional y comparativo adecuado de las distinciones reglamentarias y del trato dado al grupo de productos que no reúne las condiciones de acceso a la etiqueta *dolphin safe* de conformidad con la medida sobre el atún modificada, en comparación con el grupo de productos que reúne esas condiciones de acceso. Además, hemos observado que el enfoque adoptado por el Grupo Especial también le impidió ocuparse de la cuestión central en este procedimiento sobre el cumplimiento, a saber, un estudio a fondo de si los cambios introducidos por los Estados Unidos en la medida sobre el atún modificada son suficientes para poner esta medida en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Constatamos que, dado que esas críticas se refieren a aspectos del razonamiento y las constataciones del Grupo Especial en los cuales también se basó en el contexto de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX, y que nosotros también consideramos pertinentes a dicho análisis, el Grupo Especial también incurrió en error en su evaluación de los criterios de admisibilidad en el marco de la parte introductoria.

7.327. Con respecto al análisis que hizo el Grupo Especial de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, los Estados Unidos presentan varias alegaciones que son iguales o similares a las que plantean al impugnar el análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La primera de esas impugnaciones es la alegación de los Estados Unidos de que la mayoría del Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación imponen una discriminación arbitraria o injustificable porque cualesquiera diferencias en la exactitud del etiquetado resultantes de las diferencias en la instrucción y formación entre los capitanes y los observadores están "adaptadas" en función de los riesgos para los delfines derivados de métodos de pesca distintos en zonas del océano

[980] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.578 y nota 792 a dicho párrafo (donde se hace referencia a los párrafos 7.126-7.135).

[981] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.579-7.581.

[982] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.582.

[983] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.582 (donde se cita informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286).

diferentes.[984] En opinión de los Estados Unidos, el análisis realizado por la mayoría del Grupo Especial contradice el principio, expuesto por el Órgano de Apelación, de que "la legislación de la OMC permite a los Estados Unidos 'adaptar' las prescripciones impuestas por la medida modificada" en función de los diferentes riesgos para los delfines que se dan en las distintas pesquerías.[985] Según los Estados Unidos, un Miembro puede imponer prescripciones diferentes sobre la base de las condiciones diferentes que se dan en las zonas sujetas a cada tipo de prescripción, y la opinión del Órgano de Apelación de que *no* tener en cuenta los diferentes niveles de riesgo o condiciones en países diferentes indica que la medida *no* cumple los requisitos de la parte introductoria respalda este extremo.[986] Los Estados Unidos aducen también que, una vez establecido que pueden imponer prescripciones diferentes para hacer frente al hecho de que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO presenta un perfil de riesgo distinto al de otras pesquerías, está claro que las prescripciones en materia de certificación diferentes quedan justificadas por referencia al objetivo de proteger a los delfines.[987] Además, sostienen que la constatación de la mayoría del Grupo Especial contradice la constatación del Órgano de Apelación de que los Estados Unidos podían ponerse en conformidad sin exigir certificaciones de observadores para acceder a la etiqueta *dolphin safe*.[988] Los Estados Unidos esgrimen argumentos similares en el caso de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.[989]

7.328. Por su parte, México no presenta ningún argumento nuevo en respuesta a esta alegación de los Estados Unidos, sino que se remite a su argumentación general respecto de la cuestión de si el Grupo Especial tuvo debidamente en cuenta los diferentes riesgos dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[990] Recordamos que, en resumen, México aduce que no subsana la medida sobre el atún modificada el hecho de que permita que se transmita a los consumidores un porcentaje mayor de información incorrecta sobre la inocuidad para los delfines en las etiquetas de los productos respecto del atún capturado en pesquerías de riesgo supuestamente bajo (es decir, todas las pesquerías fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO) que respecto del atún capturado en la pesquería de riesgo supuestamente elevado (es decir, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO). Dado que el objetivo de la medida sobre el atún modificada de "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines" es de carácter "absoluto", no puede haber mortalidad o heridas graves de delfines "aceptable[s]" en la información sobre la inocuidad para los delfines. México aduce que, a la luz de los objetivos de la medida sobre el atún modificada, toda adaptación de los distintos riesgos propuesta por la medida da lugar claramente a una discriminación arbitraria e injustificable.

7.329. Recordamos que el análisis de si la discriminación es arbitraria o injustificable "debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia".[991] De hecho, como ha explicado el Órgano de Apelación, "[u]no de los factores más importantes" en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente.[992] No obstante, la indagación no puede consistir solamente en la relación entre la discriminación y el objetivo de una medida;

[984] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 421.
[985] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 422 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.582, en que a su vez se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286).
[986] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 422 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165; y *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 140-143).
[987] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 423. Los Estados Unidos aducen que el razonamiento del integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada respalda también este punto. (*Ibid*.)
[988] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 424 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 296).
[989] Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 455-457.
[990] Comunicación del apelado presentada por México, párrafo 212 (donde se hace referencia a la sección IV.B de su comunicación).
[991] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos Recauchutados*, párrafo 226 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*; *Estados Unidos - Camarones*; y *Estados Unidos - Camarones (artículo 21.5 - Malasia)*).
[992] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.

podría haber factores adicionales que también fueran pertinentes para la evaluación global, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate.[993]

7.330. En las circunstancias de la presente diferencia, entendemos que esta jurisprudencia apoya, como pertinente para un análisis de existencia de discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX, que se evalúe si las prescripciones que impone la medida sobre el atún modificada se adaptan en función de la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones. Según los Estados Unidos, cualquier diferencia prevista en las prescripciones reglamentarias de la medida sobre el atún modificada se justifica por referencia al objetivo de la protección de los delfines ya que dichas diferencias reflejan las diferencias de los riesgos que se plantean en las distintas pesquerías. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos presentaron esta justificación para explicar por qué la existencia de conjuntos de prescripciones distintos en la medida sobre el atún modificada no significa que dicha medida esté diseñada y se aplique de una manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable. Por este motivo, correspondía al Grupo Especial considerar esta explicación, y cualquier prueba relativa al diseño y a la aplicación de la medida, a fin de determinar si eran suficientes para demostrar que la medida no está diseñada ni se aplica de una manera que constituye una discriminación arbitraria o injustificable.

7.331. En su examen de las prescripciones en materia de certificación en el marco de la parte introductoria del artículo XX, el Grupo Especial se basó de nuevo en el razonamiento y las constataciones que había formulado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En concreto, el Grupo Especial mostró su acuerdo con la alegación de México según la cual los capitanes pueden no poseer los conocimientos técnicos necesarios para certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance o empleo de artes determinado.[994] El Grupo Especial concluyó que, en la medida en que no se puede dar por supuesto que los capitanes posean las aptitudes necesarias para expedir una certificación *dolphin safe* exacta, esta distinción hace más fácil que los productos de atún que contienen atún no *dolphin safe* capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO sean etiquetados incorrectamente como *dolphin safe*.[995] Sobre esta base, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no habían demostrado que las prescripciones en materia de certificación diferentes no imponen una discriminación arbitraria o injustificable.[996] El Grupo Especial recordó, además, su constatación de que las disposiciones relativas a las determinaciones son también incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 porque los Estados Unidos no habían explicado adecuadamente qué conexión racional tiene el hecho de que las determinaciones pertinentes sean solo posibles respecto de determinadas pesquerías con el objetivo que se trata de alcanzar.[997] En su examen de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial se basó de nuevo en el razonamiento y las constataciones que había formulado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 para concluir que la menor carga impuesta en el caso de los productores que capturaban atún en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no está racionalmente relacionada con el objetivo de la medida sobre el atún modificada.[998]

7.332. Recordamos que, al evaluar el análisis del Grupo Especial sobre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, hemos constatado que el enfoque segmentado del Grupo Especial lo llevó a pasar por alto la manera en que estas prescripciones, examinadas conjuntamente con las condiciones sustantivas que limitan el acceso a la etiqueta *dolphin safe*, funcionan conjuntamente para *promover* la consecución de los objetivos de la medida sobre el atún modificada. Por lo tanto, hemos considerado que la decisión del Grupo Especial de adoptar un enfoque analítico segmentado le impidió aplicar debidamente el criterio jurídico que había articulado. También hemos expresado nuestra preocupación en cuanto a que el análisis del Grupo Especial no dejaba claro si consideró, en el contexto de las prescripciones en materia de certificación diferentes, que los perfiles de riesgo de las pesquerías pertinentes que dan lugar a los distintos grupos de productos de atún son los *mismos* o *diferentes*. Por consiguiente, si bien parece que el concepto de los diferentes perfiles de riesgo que afectan a los delfines en las pesquerías pertinentes ha desempeñado algún papel en

[993] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.321.
[994] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.598-7.601.
[995] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.602.
[996] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.603.
[997] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.604.
[998] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.610.

el análisis del Grupo Especial, no vemos que ese análisis haya incluido un examen de los riesgos relativos de daño para los delfines derivados de las técnicas de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos, o de si las distinciones que establece la medida sobre el atún modificada en cuanto a las condiciones diferentes de acceso a la etiqueta *dolphin safe* se explican a la luz de los perfiles de riesgo relativos.[999] Respecto del análisis que hizo el Grupo Especial sobre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, hemos observado que el Grupo Especial no trató de identificar los perfiles de riesgo dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y que no nos convencía la afirmación del Grupo Especial de que no era necesario analizar esos perfiles de riesgo porque estas prescripciones atañen solo a circunstancias que se producen después del momento de la captura.[1000] Constatamos que, habida cuenta de que estas críticas se refieren a aspectos del razonamiento y las constataciones del Grupo Especial en que este se basó también en el contexto de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX, el Grupo Especial incurrió asimismo en error en su evaluación de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en el marco de la parte introductoria.

7.3.2.2.3 Conclusión

7.333. Hemos identificado varios errores en el análisis y en las constataciones definitivas del Grupo Especial en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 relativas a los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. No consideramos que el Grupo Especial haya analizado debidamente si la discriminación que existe se da entre los países en que prevalecen las mismas condiciones. Tras haber examinado las constataciones del Grupo Especial, consideramos que, en la presente diferencia, las condiciones que prevalecen entre los países son los riesgos de causar efectos perjudiciales a los delfines resultantes de las prácticas de pesca de atún, y que dichas condiciones son las mismas a efectos del análisis de la conformidad de la medida sobre el atún modificada con los requisitos de la parte introductoria.

7.334. Con respecto a si los criterios de admisibilidad daban lugar a una discriminación arbitraria o injustificable, consideramos que el análisis del Grupo Especial adolecía de un defecto similar al identificado en el análisis que realizó en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, a saber, concluir de manera categórica que la exclusión de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines es una distinción reglamentaria admisible sin realizar la comparación intrínsecamente necesaria para determinar en qué circunstancias esa distinción sería admisible. Asimismo, manifestamos varias preocupaciones respecto del análisis por el Grupo Especial de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, incluido el hecho de que el Grupo Especial no identificara debidamente los perfiles de riesgo relativos de las distintas pesquerías que habrían permitido al Grupo Especial evaluar si las distinciones reglamentarias previstas en la medida sobre el atún modificada se adaptan, como aducen los Estados Unidos, en función de los distintos perfiles de riesgo de las distintas pesquerías.

7.335. Además, el hecho de que el Grupo Especial llevara a cabo un análisis segmentado y aislado de los tres conjuntos de prescripciones previstos en la medida sobre el atún modificada fue también problemático en el contexto de un análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX. De hecho, la conclusión de que un elemento específico de la medida sobre el atún modificada da lugar a una discriminación arbitraria o injustificable porque no se sopesa en relación

[999] También hemos abordado las alegaciones de los Estados Unidos en cuanto al análisis por el Grupo Especial de las disposiciones relativas a las determinaciones, pero no hemos hallado fundamento para constatar un error de derecho. En particular, hemos considerado que el Grupo Especial no hizo, indebidamente, la argumentación por México respecto de las disposiciones relativas a las determinaciones y que el Grupo Especial no incurrió en error al centrarse en el diseño de dichas disposiciones y no en la manera en que se aplican.

[1000] También hemos abordado el argumento de los Estados Unidos de que cualquier efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima porque las partes en el APICD consintieron en imponer un programa de observadores sin precedentes a sus propias ramas de producción de atún. Hemos señalado que la medida sobre el atún modificada distingue entre varias categorías de pesquerías, pero que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación del APICD solo se aplican con respecto al atún capturado en una de esas categorías, esto es, en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Asimismo hemos observado que las condiciones que la medida sobre el atún modificada aplica respecto del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en cualquier caso, no tienen el mismo alcance que las previstas en el APICD, en particular porque el APICD no excluye que el atún capturado mediante lances sobre delfines reúna las condiciones para ser etiquetado "*dolphin safe*".

con perfiles de riesgo específicos en las distintas pesquerías puede no ser sostenible si se examinan asimismo otros elementos integrantes de la medida. En nuestra opinión, esto subraya la importancia de realizar una evaluación de la existencia de discriminación arbitraria o injustificable respecto de los elementos pertinentes de la medida, teniendo en cuenta las interconexiones pertinentes. Por las razones mencionadas *supra*, revocamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.5.a de su informe, de que los "criterios de admisibilidad" se aplican de manera compatible con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, así como las constataciones separadas del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.5.b y 8.5.c de su informe, de que las "prescripciones en materia de certificación" y las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" se aplican, unas y otras, de manera incompatible con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.3.3 Compleción del análisis jurídico

7.336. Tras haber revocado las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del GATT de 1994, pasamos ahora a analizar si podemos completar el análisis y pronunciarnos sobre la cuestión de si la medida sobre el atún modificada es compatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del GATT de 1994. Como hemos señalado, aunque la compleción del análisis jurídico puede ayudar a asegurar la pronta y eficaz solución de la diferencia, el Órgano de Apelación ha completado el análisis jurídico solo en los casos en que suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial y hechos no controvertidos en el expediente le han permitido hacerlo.

7.3.3.1 Párrafo 1 del artículo I y párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

7.337. Empezaremos por evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Observamos que, remitiéndose a los informes del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, el Grupo Especial enunció los cuatro elementos que deben demostrarse para establecer que una medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo I[1001], así como los tres elementos necesarios para establecer la existencia de incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III.[1002] Tanto México como los Estados Unidos aceptan que la medida sobre el atún modificada satisface todos menos el último de los elementos pertinentes que deben demostrarse para establecer una infracción de cada disposición.[1003] En consecuencia, con respecto al párrafo 1 del artículo I, nos queda considerar si, en virtud de la medida sobre el atún modificada, la "ventaja" del acceso a la etiqueta *dolphin safe* que se concede a los productos de atún procedentes de otros países es "concedido inmediata e incondicionalmente" a los productos de atún mexicanos similares. Al considerar esta cuestión tomamos también nota de la declaración del Grupo Especial, con la que estamos de acuerdo, de que los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes son "condiciones" impuestas a la "ventaja" del acceso a la etiqueta *dolphin safe*.[1004] Por lo que respecta al párrafo 4 del artículo III, debemos considerar si el trato que la

---

[1001] El Grupo Especial explicó que el establecimiento de una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I conlleva demostrar:

> i) que la medida en litigio esté comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo I; ii) que los productos importados en cuestión sean productos "similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo I; iii) que la medida en litigio confiera una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" a un producto originario del territorio de cualquier país; y iv) que la ventaja concedida no se conceda "inmediata" e "incondicionalmente" a los productos "similares" originarios de los territorios de todos los Miembros.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 7.405 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.86).)

[1002] El Grupo Especial explicó que el establecimiento de una incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III conlleva demostrar:

> i) que los productos importados y los nacionales sean "productos similares"; ii) que la medida en litigio sea una "ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso" de esos productos en el mercado interior; y iii) que el trato concedido a los productos importados sea "menos favorable" que el concedido a los productos nacionales similares.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 7.470 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.99).)

[1003] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.424 y 7.496.

[1004] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.442.

medida sobre el atún modificada concede a los productos de atún estadounidenses es "menos favorable" que el concedido a los productos de atún mexicanos similares.

7.338. Si bien sus textos presentan diferencias, tanto el párrafo 1 del artículo I como el párrafo 4 del artículo III guardan relación con la protección de las expectativas de igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados similares, ya sea en el momento de la importación o la exportación o dentro del mercado de un Miembro.[1005] Por consiguiente, como correctamente reconoció el Grupo Especial[1006], en esta diferencia la indagación que debe realizarse en el marco de ambas disposiciones debe centrarse en la cuestión de si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos frente a los productos de atún estadounidenses o los productos de atún importados procedentes de cualquier otro país.[1007]

7.339. Recordamos que, al completar el análisis jurídico en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, hemos abordado la cuestión de si las condiciones en materia de etiquetado previstas en la medida sobre el atún modificada, consideradas conjuntamente, modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.[1008] Hemos señalado que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación se basó en las constataciones fácticas del Grupo Especial inicial según las cuales "en vista de las prácticas seguidas actualmente por las flotas atuneras de los Estados Unidos y México, la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos ... no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines", mientras que "la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado".[1009] Hemos considerado asimismo que las constataciones fácticas del Grupo Especial en el presente procedimiento sobre el cumplimiento no son contrarias a esas constataciones iniciales. En realidad, hemos observado que la distinción reglamentaria entre los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún derivados de atún capturado mediante otros métodos de pesca, que no ha cambiado respecto de la medida sobre el atún inicial, "tiene el efecto de denegar" a los productos de atún mexicanos el acceso a la etiqueta *dolphin safe*.[1010] Además, no hemos observado ninguna constatación del Grupo Especial ni ninguna prueba no controvertida en el expediente que indiquen que las posiciones de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos o de otros países respecto del acceso a la etiqueta *dolphin safe* hayan cambiado como resultado de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación introducidas por la norma definitiva de 2013 con respecto a los productos de atún derivados de atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Por último, hemos observado que los participantes coinciden en que la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos de una manera similar a la medida sobre el atún inicial.[1011] Habida cuenta de lo anterior, hemos concluido que, al excluir a la mayor parte de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al tiempo que concede acceso condicional a dicha etiqueta a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos.

7.340. En nuestra opinión, se aplican las mismas consideraciones a la cuestión de si las condiciones en materia de etiquetado previstas en la medida sobre el atún modificada, consideradas conjuntamente, discriminan contra los productos de atún mexicanos de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

[1005] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.88 y 5.101.

[1006] Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.426 y 7.477.

[1007] Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.88 y 5.101; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 129; y *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

[1008] Véase *supra*, párrafos 7.234-7.238.

[1009] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.317).

[1010] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447. Véase también el párrafo 7.498.

[1011] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 223-227, 231 y 232; y la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 329 (donde se hace referencia a la respuesta de México a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafos 146 y 155). Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.115 y 7.446.

En consecuencia, constatamos que, al excluir a la mayor parte de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al tiempo que concede acceso condicional a dicha etiqueta a los productos estadounidenses y de otros países, la medida sobre el atún modificada: i) concede una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" a los productos de atún procedentes de otros países que no es "concedido inmediata e incondicionalmente" a los productos similares procedentes de México y, por tanto, es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994; y ii) concede a los productos de atún mexicanos un "trato menos favorable" que el concedido a los productos nacionales similares y, por tanto, es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.3.3.2 Artículo XX del GATT de 1994

7.341. Pasamos ahora a examinar si podemos completar el análisis jurídico con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del artículo XX del GATT de 1994. Un demandado que trate de justificar su medida al amparo de esa disposición está obligado a demostrar que la medida reúne los requisitos de uno de los apartados del artículo XX, y satisface las prescripciones de la parte introductoria.[1012] Como hemos señalado, el Grupo Especial constató que las características de la medida sobre el atún modificada que dan lugar a infracciones de los artículos I y III son "relativas a" el objetivo de conservación de los delfines, por lo que están provisionalmente justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.[1013] Ningún participante ha apelado esa constatación del Grupo Especial.

7.342. En relación con las prescripciones de la parte introductoria, nos centramos primero en la cuestión de si la medida sobre el atún modificada entraña una discriminación arbitraria o injustificable. El Órgano de Apelación ha declarado anteriormente que una medida se aplica de manera que constituye una discriminación arbitraria o injustificable cuando la aplicación de la medida da lugar a una discriminación entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones y esa discriminación es arbitraria o injustificable.[1014] Como hemos señalado, la medida sobre el atún modificada excluye la mayoría de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe* en virtud de la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines y de la concesión, al mismo tiempo, de acceso condicional a esa etiqueta a los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros países. Esa diferencia de trato surge a causa de la distinción que establece la medida sobre el atún modificada entre el trato otorgado a los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y el otorgado a los productos de atún derivados de atún capturado por medio de otros métodos de pesca fuera de esa pesquería. Por lo tanto, consideramos que la discriminación pertinente a efectos de la parte introductoria del artículo XX es la que consiste en las distinciones establecidas en la medida entre esos distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[1015] Como también hemos constatado *supra*, prevalecen entre los países las mismas condiciones, a saber, el riesgo de efectos perjudiciales en los delfines derivados de las prácticas de pesca del atún.

7.343. Pasamos a considerar si la discriminación es arbitraria o injustificable. Recordamos que el análisis de la cuestión de si la discriminación es arbitraria o injustificable "debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia".[1016] De hecho, como ha explicado el Órgano de Apelación, "[u]no de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la

---

[1012] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 25 y 26.

[1013] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.541. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX. (*Ibid*., párrafo 7.545.)

[1014] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 150.

[1015] El Órgano de Apelación ha observado que la naturaleza y calidad de la discriminación pertinente de conformidad con la parte introductoria es diferente de la de la discriminación en el trato de productos que se declaró incompatible con una de las obligaciones sustantivas del GATT de 1994, y que, sin embargo, eso no significa que las circunstancias de la discriminación que se ha de examinar a tenor de la parte introductoria no puedan ser las mismas que las que lleven a la constatación de infracción de una disposición sustantiva del GATT de 1994. (Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.298.)

[1016] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil Neumáticos recauchutados*, párrafo 226 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, *Estados Unidos - Camarones* y *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*).

medida se haya justificado provisionalmente".[1017] Sin embargo, la relación de la discriminación con el objetivo de la medida no es la única prueba; podría haber factores adicionales que también fueran pertinentes para esa evaluación global, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate.[1018]

7.344. Al examinar el enfoque utilizado por el Grupo Especial para analizar la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX, hemos considerado pertinente la cuestión de si las prescripciones de la medida sobre el atún modificada están adaptadas a cualesquiera diferencias en los riesgos para los delfines dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Según los Estados Unidos, cualesquiera diferencias entre las prescripciones reglamentarias de la medida sobre atún modificada se justifican por referencia al objetivo de protección de los delfines, porque esas diferencias se adaptan para reflejar las diferencias en los riesgos de las distintas pesquerías.[1019] Dado que los Estados Unidos adujeron ese fundamento para justificar la existencia de cualquier discriminación en las prescripciones reglamentarias de su medida, debemos examinar esa explicación, el diseño de la medida, así como cualesquiera constataciones fácticas o hechos no controvertidos relacionados con su aplicación, para determinar si demuestran que la medida no da lugar a una discriminación arbitraria o injustificable.[1020]

7.345. Tenemos presente que hay tanto similitudes como diferencias entre el análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación observó paralelismos entre los dos criterios jurídicos, en particular, el hecho de que los conceptos de "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" se encuentran tanto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 como en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC.[1021] Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación reconoció diferencias entre los análisis exigidos en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y en el marco de la parte introductoria del artículo XX, incluido el hecho de que las pruebas jurídicas aplicables en el marco de ambas disposiciones difieren.[1022]

7.346. En el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial examinó la relación entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.[1023] El Grupo Especial consideró que, cuando un grupo especial ha constatado, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, que una medida no es imparcial porque se aplica en forma tal que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, será en general apropiado que ese grupo especial utilice el razonamiento en que se basa esa constatación en su análisis en el marco de la parte introductoria. El Grupo Especial señaló la advertencia hecha por el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, y el hecho de que el Órgano de Apelación había reprochado a ese Grupo Especial que hubiera incorporado su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX. No obstante, en opinión del Grupo Especial la resolución del Órgano de Apelación no implica la afirmación de que un grupo especial nunca puede basarse en sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en el contexto de la parte introductoria del artículo XX, sino más bien que debe justificar el uso de esas constataciones. Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que no hay en el razonamiento del Órgano de Apelación nada que impida a un grupo especial aplicar aspectos pertinentes del razonamiento que ha elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

[1017] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.
[1018] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.321.
[1019] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 282.
[1020] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.505.
[1021] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213).
[1022] Sobre esa base, el Órgano de Apelación constató en *CE - Productos derivados de las focas* que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar a la cláusula introductoria del artículo XX la misma prueba jurídica que aplicó en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.313.)
[1023] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.555-7.560. Véanse también los párrafos 7.79-7.92.

7.347. Estamos de acuerdo en que, siempre y cuando se tengan en cuenta las semejanzas y diferencias entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, 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. El propio Grupo Especial llevó a cabo sus análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo XX sobre la base de una prueba jurídica elaborada en el contexto de evaluar la discriminación arbitraria o injustificada, a saber, si la discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política con respecto al cual la medida ha sido justificada provisionalmente. A este respecto, señalamos que los Estados Unidos han sostenido sistemáticamente que cualesquiera diferencias de trato en virtud de la medida sobre el atún modificada están justificadas por referencia al objetivo de la protección de los delfines, porque esas diferencias reflejan las diferencias en los riesgos que se plantean en las distintas pesquerías o se adaptan a ellos.

7.348. Además, hemos recordado anteriormente que, en comparación con la medida sobre el atún inicial, la norma definitiva de 2013 no modificó la exclusión de la etiqueta *dolphin safe* de los productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines; antes bien, introdujo en la medida sobre el atún modificada prescripciones adicionales que se aplican exclusivamente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, de las cuales las principales eran las nuevas prescripciones: i) de que los capitanes certifiquen en cada zona del océano, independientemente del método de pesca utilizado, que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín; y ii) de que todo el atún *dolphin safe* se separe del atún no *dolphin safe* desde el momento de la captura y durante toda la cadena de producción.[1024] También hemos coincidido con la opinión del Grupo Especial de que las nuevas disposiciones que exigen la certificación de la mortalidad o las heridas graves de delfines para todos los productos de atún responden a la preocupación específica identificada por el Órgano de Apelación y "hace[n] que la medida modificada se aproxime al cumplimiento de las disposiciones de la OMC".[1025] Así pues, en la medida en que estas prescripciones sirven para reforzar la capacidad de la medida sobre el atún modificada para "aborda[r] los efectos perjudiciales para los delfines resultantes del uso de los métodos de pesca predominantemente empleados por las flotas pesqueras que suministran a los productores de atún de los Estados Unidos y otros países"[1026] fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, cabe decir que responden a la "adaptación" del régimen de etiquetado *dolphin safe* que el Órgano de Apelación constató que no existía en la medida sobre el atún inicial. Al evaluar si la medida sobre el atún modificada da lugar a una discriminación arbitraria e injustificada debido a la forma en que aborda los efectos perjudiciales relativos en los delfines que se producen fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con los que se producen en esa pesquería, sería importante examinar qué constataciones hizo el Grupo Especial o qué pruebas no controvertidas existen en el expediente del Grupo Especial acerca de los distintos perfiles de riesgo en estas distintas pesquerías.

7.349. Como observamos en el contexto de nuestra compleción del análisis jurídico en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, tanto los Estados Unidos como México aportaron considerables argumentos y pruebas en esta diferencia acerca de la naturaleza y el alcance de los daños relativos para los delfines, tanto observados como no observados, asociados a los diferentes métodos de pesca. Sin embargo, en nuestra opinión el Grupo Especial no examinó los daños observados *relativos* asociados a los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO frente a otras prácticas de pesca fuera de esa pesquería. De hecho, el análisis del Grupo Especial dejó claro que su conclusión se basaba exclusivamente en su constatación de que los daños *no observados* diferían entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca. Este enfoque del Grupo Especial se siguió en su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX. En este contexto, el Grupo Especial reiteró su opinión de que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines no causan los mismos daños no observados o daños no observados similares que los lances sobre delfines.[1027]

[1024] Como hemos observado, en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada también introduce una prescripción en materia de observadores en caso de que el Administrador Adjunto del NMFS haga una determinación de que los observadores están cualificados y autorizados para certificar que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" y que, en la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, "no se efectuaron lances sobre delfines", cuando esos observadores ya están a bordo del buque.

[1025] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

[1026] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292.

[1027] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.581.

7.350. Como hemos explicado, el alcance limitado de la conclusión del Grupo Especial es importante por dos motivos. En primer lugar, el desacuerdo entre las partes en cuanto a si la medida sobre el atún modificada se adapta debidamente se basó en premisas fundamentalmente diferentes acerca de los perfiles de riesgo asociados a las diferentes prácticas de pesca. Los Estados Unidos afirmaron que los riesgos asociados a prácticas de pesca distintas de los lances sobre delfines producían "mortalidad o heridas graves observadas a delfines que estaban lejos de las que producen los lances sobre delfines"[1028], mientras que México mantuvo que la mortalidad o las heridas graves observadas resultantes de prácticas de pesca distintas de los lances sobre delfines eran "iguales o mayores"[1029] que las asociadas a los lances sobre delfines. Las partes también discreparon acerca de la naturaleza y la magnitud de los daños no observados. Los Estados Unidos sostenían que la asociación entre el atún y los delfines y los daños no observados vinculados a ella son exclusivos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO[1030], mientras que México mantenía que esa asociación también existe fuera del PTO, y que también se producen daños no observados como consecuencia de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines.[1031] Al no examinar los riesgos relativos planteados por los distintos métodos de pesca respecto de la mortalidad o las heridas graves *observadas*, y centrarse exclusivamente en la diferencia más limitada en los respectivos perfiles de riesgo atribuibles a los daños *no observados*, el Grupo Especial nunca resolvió la cuestión de los niveles globales de riesgo en las distintas pesquerías y cómo eran los unos en comparación con los otros, a pesar de que ambas partes habían abordado esos perfiles de riesgo comparativos en sus defensas de sus alegatos relativos a la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX. A este respecto, observamos que, en la audiencia de esta apelación, tanto México como los Estados Unidos criticaron al Grupo Especial por centrarse en una gama de daños demasiado restringida y, en particular, por no ocuparse de los daños observados.

7.351. En segundo lugar, llegar a una conclusión respecto de los perfiles de riesgo *relativos* atribuibles a las distintas pesquerías, con respecto a los daños tanto observados *como* no observados, era en nuestra opinión especialmente importante, puesto que precisamente la cuestión que el Grupo Especial estaba tratando de abordar era si las nuevas prescripciones de la medida sobre el atún modificada, que se aplican exclusivamente a pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, abordan adecuadamente los riesgos de daño a los delfines que se producen en esas pesquerías. Además, las principales prescripciones adicionales, a saber, que el capitán debe certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín y que deben aportarse pruebas documentales de que el atún se ha separado en zonas de almacenamiento *dolphin safe* y no *dolphin safe*, tratan ambas de mejorar la manera en que la medida aborda los riesgos de mortalidad o heridas graves observadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Sin embargo, el Grupo Especial nunca intentó comparar los daños *relativos* respecto a la mortalidad o las heridas graves *observadas*. En lugar de eso, el Grupo Especial llegó a una conclusión exclusivamente sobre la base de una evaluación comparativa de los daños *no observados*. Basándonos en las anteriores preocupaciones, no consideramos que el Grupo Especial estuviera en condiciones de realizar una evaluación de si la medida sobre el atún modificada es imparcial al abordar los respectivos perfiles de riesgo de los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO frente a otros métodos de pesca fuera de esa pesquería.

7.352. En nuestra compleción del análisis jurídico en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, señalamos algunas consideraciones adicionales sobre la evaluación de los diferentes perfiles de riesgo que también son pertinentes en este caso. Observando que la medida sobre el atún inicial no exigía ninguna certificación de la mortalidad o heridas graves a delfines fuera del PTO, recordamos la conclusión del Órgano de Apelación de que, aunque la medida sobre el atún inicial abordaba plenamente los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, "no se ocupaba de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO".[1032] Observamos que, en esas circunstancias, era razonable considerar que, independientemente de cualquier diferencia en los riesgos relativos, la medida sobre el atún inicial no abordaba la incidencia de los

[1028] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 201. Véase también la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 236.

[1029] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafos 13, 263, 248 y 306.

[1030] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 85, 338 y 339.

[1031] Primera comunicación escrita de México al Grupo Especial, párrafo 248.

[1032] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.544).

daños resultantes de prácticas distintas de los lances sobre delfines. El Órgano de Apelación declaró que "*aun aceptando* que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales", no estaba convencido de que la medida fuera imparcial como aducían los Estados Unidos.[1033] Sin embargo, observamos que, en el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, la cuestión de los riesgos relativos asociados con las diferentes prácticas de pesca en las diferentes zonas de los océanos se ha vuelto más pronunciada. Puesto que la medida sobre el atún modificada introducía una prescripción de que, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, los capitanes certifiquen que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín y de que, a esos efectos, debe mantenerse la separación del atún *dolphin safe* y no *dolphin safe*, la determinación de si estas nuevas prescripciones son suficientes para abordar los riesgos para los delfines fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO requiere una comprensión más exhaustiva de los perfiles de riesgo relativos dentro y fuera de esa pesquería. Además, como hemos señalado, las partes presentaron relatos contradictorios, respaldados por considerables argumentos y pruebas, sobre por qué los riesgos relativos de mortalidad o heridas graves observadas justifican o no las diferencias en el trato reglamentario dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO establecido en la medida sobre el atún modificada.

7.353. Aunque no menospreciamos la dificultad asociada a realizar tal evaluación de los riesgos respectivos, particularmente a la luz de las pruebas muy discutidas presentadas por las partes, consideramos que el análisis limitado del Grupo Especial no le permitió calibrar debidamente los riesgos relativos generales o los niveles de daño resultantes en las distintas pesquerías. En ausencia de una debida evaluación por el Grupo Especial de los riesgos relativos existentes dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el Grupo Especial limitó su capacidad para determinar si los aspectos discriminatorios de la medida sobre el atún modificada pueden explicarse como debidamente adecuados, o proporcionados, a las diferencias entre esos riesgos a la luz del objetivo de proteger a los delfines de los efectos perjudiciales que se producen en las distintas pesquerías. Por razones similares, el análisis limitado del Grupo Especial respecto de los perfiles de riesgo relativos limita a su vez nuestra capacidad para completar el análisis jurídico a este respecto.

7.354. Al completar el análisis jurídico en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, examinamos a continuación otras características de la medida sobre el atún modificada que no están supeditadas a una evaluación de los riesgos relativos asociados a los distintos métodos de pesca en zonas distintas de los océanos. En particular, examinamos las disposiciones relativas a las determinaciones, que establecen que, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, se activará una prescripción de presentar certificaciones de observadores en los casos en que los riesgos de daño para los delfines, en forma de mortalidad o heridas graves, sean comparativamente altos en relación con los existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. En ese contexto, recordamos la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones relativas a las determinaciones son "parte integrante" del "sistema de certificación" previsto por el régimen de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos.[1034] En función de la categoría de pesquería de que se trate, cuando el Administrador Adjunto del NMFS haya formulado ciertas determinaciones, además de la o las certificaciones del capitán exigidas, la medida sobre el atún modificada también supedita el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a la presentación de una certificación por un observador cualificado y aprobado respecto de las condiciones, cuando proceda, de "no haber efectuado lances sobre delfines" y "no haber dado muerte o herido gravemente a delfines". En particular, se exige esa certificación de un observador si el Administrador Adjunto del NMFS ha formulado una determinación respecto de una pesquería específica de que: i) en la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, existe una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante, similar a la asociación entre el atún y los delfines existente en el PTO; o ii) en "todas las demás pesquerías"[1035], hay mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes.[1036]

[1033] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297. (sin cursivas en el original)

[1034] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.257.

[1035] Recordamos que la categoría "todas las demás pesquerías" incluye los buques que no sean de cerco en cualquier pesquería y los pequeños buques de cerco en el PTO.

[1036] Observamos además que la medida sobre el atún modificada también dispone, en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la certificación por observadores cuando el Administrador Adjunto del NMFS determine que los observadores están cualificados y autorizados para

7.355. Sin embargo, al igual que el Grupo Especial, también observamos que las disposiciones relativas a las determinaciones dejan una "laguna", puesto que no parecen abordar otras situaciones en que pueda haber mayores riesgos de daño a los delfines relacionados con métodos de pesca concretos fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[1037] Como se ha señalado, la disposición relativa a las determinaciones aplicable a las pesquerías no situadas en el PTO en las que se utilicen redes de cerco permite la adición de una prescripción en materia de certificación por observadores cuando se hace una determinación de "asociación habitual e importante", pero no prevé que se haga una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes" ni que se active una prescripción de certificación por un observador en esa pesquería.[1038] Esto es difícil de explicar teniendo en cuenta que en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se exige la certificación por observadores, y que tal determinación sobre la base de que se produzcan "de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves" puede hacerse de conformidad con la otra disposición relativa a las determinaciones pertinente, que es aplicable a "todas las demás pesquerías".[1039] A nuestro juicio, esta discriminación entre las prescripciones aplicables dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en casos en que los daños a los delfines son similares es difícil de conciliar con el objetivo de proteger del daño a los delfines. A este respecto, recordamos la constatación del Grupo Especial de que los capitanes, a diferencia de los observadores, no poseen siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.[1040]

7.356. En ese contexto, tampoco consideramos convincentes las explicaciones de los Estados Unidos de por qué esta disposición relativa a las determinaciones tiene en cuenta la asociación habitual e importante, pero no la mortalidad o heridas graves de manera habitual e importante. En particular, expresamos la preocupación de que exigir que los buques de cerco certifiquen que no han efectuado lances sobre delfines debido a la presencia de una asociación habitual e importante no aborda los riesgos que había identificado el Órgano de Apelación en relación con el uso por esos buques de otros métodos de pesca, como la utilización de DCP.[1041] Además, la medida sobre el atún modificada prevé la existencia de riesgos de mortalidad o heridas graves en ausencia de los lances sobre delfines, puesto que la disposición relativa a las determinaciones vinculada a la mortalidad o heridas graves de manera habitual e importante se aplica en "todas las demás pesquerías" existentes dentro y fuera del PTO. No hemos visto ninguna razón para que esta disposición relativa a las determinaciones debiera estar diseñada para evitar la posibilidad de activar la adición de una prescripción relativa a los observadores para actividades que no incluyeran lances en la pesquería no situada en el PTO en la que se utilicen redes de cerco, cuando esa prescripción ya existe para las actividades que no incluyen lances en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y, previa determinación, "en todas las demás pesquerías". Asimismo, esto parecía revestir especial pertinencia teniendo en cuenta la declaración del Órgano de Apelación de que, aunque añadir una certificación por observadores de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín puede no ser la única manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* en función de los riesgos de los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, "esa prescripción puede ser apropiada en circunstancias en las que los delfines enfrenten riesgos mayores de mortalidad o heridas graves".[1042]

7.357. En cuanto a la disposición relativa a la determinación que se aplica en "todas las demás pesquerías", vemos cierto fundamento en la afirmación de los Estados Unidos de que la consideración más pertinente con respecto a la asociación entre el atún y los delfines es si existe un buque que sea capaz de seleccionar esa asociación como objetivo y aprovecharla

certificar que "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" y, en el caso de las pesquerías no situadas en el PTO en las que se utilicen redes de cerco, que "no se efectuaron lances sobre delfines", y esos observadores ya estén a bordo del buque por otras razones.

[1037] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. Como explicó el Grupo Especial, en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones "se puede tratar a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO de manera diferente y menos rigurosa con arreglo a la medida sobre el atún modificada, incluso cuando las condiciones que existen en esas pesquerías son iguales a las existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, ya sea desde el punto de vista del nivel de mortalidad de delfines o del grado de asociación entre el atún y los delfines". (*Ibid*.)

[1038] Artículo 1385(d)(1)(B)(i) de la DPCIA; y artículo 216.91(a)(2)(i) del reglamento de aplicación.

[1039] Artículo 1385(d)(1)(D) de la DPCIA; artículo 216.91(a)(4)(iii) del reglamento de aplicación.

[1040] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.233.

[1041] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292.

[1042] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 612 al párrafo 296.

intencionadamente, y que, de esa manera, cause a los delfines los daños observados y no observados que están vinculados al método de pesca de los lances sobre delfines. Como los Estados Unidos, reconocemos que las pesquerías a las que se aplica esa disposición relativa a las determinaciones no guardan relación con el funcionamiento de los grandes buques de cerco, que son los únicos buques de los que se reconoce que son capaces de efectuar lances sobre delfines. Al mismo tiempo, también tomamos nota de la opinión del Grupo Especial de que, siempre que los delfines se asocian con el atún, "es más probable que interactúen con las artes de pesca del atún, incluso si esa interacción es accidental o no deliberada".[1043] Por esa razón, el Grupo Especial consideró que, incluso en el caso de los métodos de pesca que no tienen deliberadamente como objetivo la asociación de los delfines con el atún, "el riesgo de mortalidad o heridas graves aumenta necesariamente"[1044] cuando existe esa asociación, por lo que, "[pueden ser] precisos observadores siempre que haya una asociación entre el atún y los delfines 'habitual e importante', con independencia de si la asociación se da en una pesquería en la que faenen buques de cerco o en cualquier otro tipo de pesquería".[1045] Tampoco nos queda claro si la asociación de los delfines y el atún aumenta necesariamente el riesgo para los delfines causado por los métodos de pesca distintos de las redes de cerco, ni si una determinación de que se producen "mortalidad o heridas graves habituales e importantes" podría abordar plenamente un riesgo aumentado de esa índole. En la medida en que pueda haber de hecho un mayor riesgo para los delfines a causa de la asociación, comparable al que existe en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, incluso cuando los métodos de pesca empleados no tengan la capacidad de efectuar lances sobre delfines, y en que esos riesgos no pudieran ser abordados mediante una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales o importantes", consideraríamos que esta cuestión es pertinente para una evaluación de la imparcialidad de la medida sobre el atún modificada.

7.358. Por último, observamos que nuestro análisis con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones se basa en la premisa de la existencia de riesgos, fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que son de magnitud comparable a la de los riesgos existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.[1046] Como explicó el Grupo Especial, las disposiciones relativas a las determinaciones "parecen haber sido diseñadas para permitir que los Estados Unidos impongan condiciones a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO cuando las condiciones existentes en las primeras se aproximan a las que existen en la segunda".[1047] Recordamos de nuestro examen de la medida en litigio que hay diferencias entre las prescripciones documentales existentes dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO con respecto a la separación.[1048] Recordamos también que el Grupo Especial constató que las diferencias en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son de tal naturaleza que hay diferencias en el alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental legalmente exigido de conformidad con la medida sobre el atún modificada con respecto a los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y de atún capturado en todas las pesquerías distintas de la

[1043] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.261. Según el Grupo Especial, "cuantos más delfines haya en las proximidades, más probable será que se dé muerte o hiera gravemente a uno o varios de ellos". (*Ibid*.)

[1044] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.261.

[1045] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.262.

[1046] Observamos que las disposiciones relativas a las determinaciones también pueden tener como objetivo abordar situaciones en las que los riesgos para los delfines sean de magnitud comparable a la de los asociados al otro método de pesca que está excluido del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, o sea, la pesca en gran escala con redes de deriva en alta mar.

[1047] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.263. El integrante del Grupo Especial que redactó una opinión separada también citó las disposiciones relativas a las determinaciones como ejemplo de que, en virtud de la medida sobre el atún modificada, "los Estados Unidos pued[e]n imponer las mismas prescripciones en las pesquerías en las que prevalece el mismo grado de riesgo". (*Ibid.*, párrafo 7.280)

[1048] En nuestro examen de la medida en litigio observamos que el régimen para la separación del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO está respaldado por prescripciones documentales que constan de distintos TTF, uno de los cuales se utiliza para registrar información relativa a cada lance sobre atunes que es *dolphin safe* y otro para registrar la misma información con respecto a los lances no *dolphin safe*. Todo el atún capturado por grandes buques de cerco de pabellón estadounidense que pescan en el PTO debe estar acompañado de esos TTF, y los importadores de atún o productos de atún que contengan atún capturado por grandes buques de cerco del PTO de pabellón no estadounidense deben indicar los números de TTF al presentar los documentos de importación exigidos. Además, los TTF o los números de TTF acompañan al atún correspondiente desde el momento de la captura y a lo largo de todo el proceso de pesca y producción. También observamos que en todas las pesquerías situadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es obligatorio separar el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe* desde el momento de la captura y a lo largo de toda la cadena de transformación.

pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por otro lado.[1049] En tales circunstancias, esperaríamos que cualquier determinación fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no solo entrañara las prescripciones en materia de certificación aumentadas, sino también prescripciones en materia de seguimiento y verificación que funcionen en conjunción con la certificación y la refuercen al abordar ese riesgo aumentado.

7.359. En conclusión, a falta de una adecuada evaluación por el Grupo Especial de los respectivos riesgos planteados a los delfines dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, no podemos completar el análisis jurídico y evaluar plenamente si todas las distinciones reglamentarias establecidas en el marco de la medida sobre el atún modificada pueden explicarse y justificarse a la luz de las diferencias en los riesgos relativos asociados a los diferentes métodos de pesca del atún en diferentes zonas de los océanos. No obstante, hemos podido examinar si las condiciones en materia de etiquetado aplicadas de conformidad con la medida sobre el atún modificada constituyen o no una discriminación arbitraria o injustificable en determinadas situaciones que presentarían riesgos para los delfines de magnitud comparable dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Constatamos, a este respecto, que ciertos aspectos del diseño de la medida sobre el atún modificada son difícilmente conciliables con el objetivo de proteger a los delfines del daño. En particular, consideramos que las disposiciones relativas a las determinaciones no prevén que las condiciones sustantivas de acceso a la etiqueta *dolphin safe* sean reforzadas por medio de una certificación de un observador en todas las circunstancias de riesgo de magnitud comparable, y que eso puede entrañar también prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes a las que se aplican dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Por ello, los Estados Unidos no han demostrado que esos aspectos de la medida sobre el atún modificada no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. Por todas estas razones, no se ha establecido que la medida sobre el atún modificada esté justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

7.360. Por consiguiente, además de constatar que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I, y con el párrafo 4 del artículo III, del GATT de 1994, constatamos que no se ha demostrado que la medida sobre el atún modificada se aplique en forma que no constituya una discriminación arbitraria o injustificable; y, por lo tanto, que la medida sobre el atún modificada no está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

8 CONSTATACIONES Y CONCLUSIONES

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

a. con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

i. constata que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 en su análisis de si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense;

ii. constata que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su articulación del criterio jurídico pertinente a los efectos de evaluar si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima;

[1049] El Grupo Especial constató, por ejemplo, que, en el caso de los productos de atún derivados de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el atún puede rastrearse en sentido inverso hasta el lance específico en el que fue capturado y el pozo en el que fue almacenado, pero en el caso de los productos de atún que contienen atún capturado en otras pesquerías, el atún solo puede rastrearse en sentido inverso hasta el buque y la expedición en que fue capturado. El Grupo Especial también puso de relieve la ausencia de un mecanismo, con respecto al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, para asegurarse de que una determinada certificación corresponda a un lote específico y permanezca adjunta a ese lote específico durante todo el proceso de producción. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.354-7.368.)

iii. constata que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación solucionó la cuestión de si los criterios de admisibilidad son imparciales;

iv. constata que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 en su análisis de si el efecto perjudicial de las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima;

v. constata que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su evaluación de si las disposiciones relativas a las determinaciones son imparciales;

vi. constata que ni México ni los Estados Unidos han establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD en sus análisis de la compatibilidad de los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC;

vii. revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.2.a de su informe, de que los criterios de admisibilidad no dan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país y, por lo tanto, son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2, así como las constataciones separadas del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.2.b y 8.2.c de su informe, de que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes dan, unas y otras, a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2; y

viii. completa el análisis jurídico y constata: que la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense; que ese efecto perjudicial no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima; y, por lo tanto, que la medida sobre el atún modificada da un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y otros países y por consiguiente es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC;

b. con respecto al párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994:

i. constata que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III en sus análisis de si la medida sobre el atún modificada concede a los productos de atún procedentes de otros países una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" que no es "concedido inmediata e incondicionalmente" a los productos similares procedentes de México, de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, y de si esa medida concede a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares, de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y

ii. revoca las constataciones separadas del Grupo Especial, que figuran en el párrafo 8.3 de su informe, de que los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son, unos y otras, incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994;

c. con respecto a la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994:

   i. constata que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación de la parte introductoria del artículo XX en sus análisis de si los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican, unos y otras, en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones; y

   ii. revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.5.a de su informe, de que los criterios de admisibilidad se aplican de manera que cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX, así como las constataciones separadas del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.5.b y 8.5.c de su informe, de que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican, unas y otras, de manera que no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX; y

d. al completar el análisis en el marco del GATT de 1994:

   i. constata que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I, y con el párrafo 4 del artículo III, del GATT de 1994; y

   ii. constata que no se ha demostrado que la medida sobre el atún modificada se aplique en forma que no constituye una discriminación arbitraria o injustificable y, por lo tanto, que la medida sobre el atún modificada no está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

8.2. El Órgano de Apelación concluye que los Estados Unidos no han puesto su régimen de etiquetado *dolphin safe* para los productos de atún en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan su medida, declarada en el presente informe, y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, incompatible con el Acuerdo OTC y con el GATT de 1994, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de esos acuerdos.

Firmado en el original en Ginebra el 2 de noviembre de 2015 por:

Shree Baboo Chekitan Servansing
Presidente de la Sección

Ujal Singh Bhatia
Miembro

Yuejiao Zhang
Miembro