



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

RECURSO DE LOS ESTADOS UNIDOS AL PÁRRAFO 5
DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

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

SEGUNDO RECURSO DE MÉXICO AL PÁRRAFO 5
DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

AB-2017-9

Informe del Órgano de Apelación

Addendum

El presente *addendum* contiene los anexos A a E del informe del Órgano de Apelación distribuido con la signatura WT/DS381/AB/RW/USA, WT/DS381/AB/RW2.

El anuncio de apelación y los resúmenes de las comunicaciones escritas que figuran en el presente *addendum* se adjuntan tal y como se recibieron de los participantes y terceros participantes. El Órgano de Apelación no ha revisado ni editado su contenido, salvo para reenumerar a partir de 1 los párrafos y las notas que no comenzaban por 1 en el original, y para introducir cambios de formato en los textos a fin de adaptarlos a las normas de estilo de la OMC. Los resúmenes no sustituyen a las comunicaciones de los participantes y terceros participantes en el examen de la apelación por el Órgano de Apelación.

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****ANUNCIO DE APELACIÓN**

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación de México	4

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por México	9
Anexo B-2	Resumen de la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos	19

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por Australia en calidad de tercero	33
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero	34
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero	35
Anexo C-4	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero	36

ANEXO D**RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO**

Índice		Página
Anexo D-1	Resolución de procedimiento de 20 de diciembre de 2017 relativa a la solicitud del Japón de una prórroga del plazo para la presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes	38

ANEXO E**COMUNICACIÓN DEL ÓRGANO DE APELACIÓN**

Índice		Página
Anexo E-1	Comunicación de 29 de enero de 2018 dirigida por el Presidente del Órgano de Apelación al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias	40

ANEXO A

ANUNCIO DE APELACIÓN

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación de México	4

ANEXO A-1**ANUNCIO DE APELACIÓN DE MÉXICO***

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD) y el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, los Estados Unidos Mexicanos (México) notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación respecto de determinadas cuestiones de derecho y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por los Grupos Especiales en *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* y *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Segundo recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (informes de los Grupos Especiales).

2. México limita su apelación a los errores que, a su juicio, constituyen graves errores de derecho y de interpretación jurídica que deben corregirse. Los casos en que México no ha apelado respecto de cuestiones relativas a las constataciones o el razonamiento de los Grupos Especiales no implican acuerdo ni constituyen admisión alguna con respecto a dichas cuestiones por parte de México.

3. De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 21 y el párrafo 2 de la Regla 21 de los Procedimientos de trabajo, México presenta simultáneamente este anuncio de apelación y su comunicación de apelante a la Secretaría del Órgano de Apelación.

4. La medida en litigio en la presente diferencia concierne a la medida sobre el atún modificada, que comprende los siguientes elementos (denominados colectivamente la "medida sobre el atún de 2016"): i) el artículo 1385 ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines") (DPCIA), que figura en el subcapítulo II ("Conservación y Protección de los Mamíferos Marinos") del capítulo 31 ("Protección de los Mamíferos Marinos") del Título 16 del *United States Code*; ii) la subparte H ("Etiquetado 'dolphin safe' del atún") de la parte 216 del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos, modificada en marzo de 2016; y iii) la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007).

5. De conformidad con el párrafo 2 d) iii) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, el presente anuncio de apelación incluye una lista indicativa de los párrafos de los informes de los Grupos Especiales que contienen los supuestos errores, sin perjuicio de la facultad de México para referirse a otros párrafos del informe del Grupo Especial en el contexto de esta apelación.

I. Los Grupos Especiales incurrieron en error en su interpretación del análisis jurídico aplicable en la segunda parte de la evaluación del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6. México solicita que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y conclusiones de los Grupos Especiales con respecto a la interpretación y aplicación del análisis jurídico en la segunda parte de la evaluación de si la medida sobre el atún de 2016 da a los productos de atún mexicanos un "trato no menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).

7. Al determinar si el efecto perjudicial que causa la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, los Grupos Especiales cometieron errores en la interpretación y aplicación del método analítico para evaluar si las distinciones reglamentarias que dan lugar al efecto perjudicial están diseñadas y se aplican de manera imparcial. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error: al interpretar cómo se tienen en cuenta los objetivos perseguidos por la medida sobre el atún de 2016 en la evaluación de si las

* Esta notificación, de fecha 1º de diciembre de 2017, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS381/45.

distinciones reglamentarias pertinentes se "adaptan" en función de los riesgos globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca del atún en distintas zonas del océano; al no incluir una indagación sobre el vínculo entre las distinciones reglamentarias pertinentes y los objetivos de la medida, incluida la consideración de si las diferencias en el trato reglamentario, y el efecto perjudicial resultante, son desproporcionados en vista de los objetivos perseguidos; y al determinar y analizar comparativamente el perfil de riesgo del método de pesca de cercamiento de delfines conforme al APICD en el PTO y los perfiles de riesgo de los otros métodos de pesca a los efectos de la prueba de "adaptación".

8. Los errores de los Grupos Especiales se basan en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica, incluidas las siguientes:

- a. Las constataciones y conclusiones de los Grupos Especiales con respecto a la pertinencia y la consideración de los riesgos para los delfines relacionados con la información inexacta del etiquetado, incluso en relación con la falta de supervisión reglamentaria suficiente, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) y la existencia de transbordo y agrupación de capturas en el mar en distintas zonas de los océanos. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que los riesgos para los delfines relacionados con el etiquetado *dolphin safe* inexacto no son pertinentes para la determinación y el análisis comparativo de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca en las distintas zonas de los océanos.¹
- b. Las constataciones y conclusiones formuladas por los Grupos Especiales al determinar y analizar comparativamente los perfiles de riesgo respectivos (es decir, los riesgos relativos o los niveles de riesgo globales para los delfines) de los distintos métodos de pesca en las distintas zonas de los océanos. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al extraer conclusiones sobre perfiles de riesgo en relación con los distintos métodos de pesca y no sobre los perfiles de riesgo en relación con las distintas pesquerías (es decir, los distintos métodos de pesca en las distintas zonas de los océanos).²
- c. Las constataciones y conclusiones de los Grupos Especiales relativas a los criterios y los puntos de referencia utilizados para determinar y comparar los perfiles de riesgo respectivos. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al utilizar principalmente un criterio "por cada 1.000 lances" para determinar y comparar los perfiles de riesgo, rechazando la utilización de datos sobre la "eliminación biológica potencial" (EBP) o los niveles absolutos de efectos perjudiciales para complementar el análisis, utilizando una descripción cualitativa de las características del método de cercamiento de delfines conforme al APICD a los efectos de determinar su perfil de riesgo, y utilizando el perfil de riesgo del método de pesca de cercamiento de delfines conforme al APICD en el PTO como punto de referencia para el análisis comparativo de todos los perfiles de riesgo y la evaluación de si la medida sobre el atún se "adapta" en función de los distintos perfiles de riesgo.³

II. Los Grupos Especiales incurrieron en error en sus constataciones al evaluar si las distinciones reglamentarias pertinentes en las condiciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún de 2016 son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la base de que se "adaptan" en función de los distintos perfiles de riesgo

9. México solicita que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y conclusiones de los Grupos Especiales de que la medida sobre el atún de 2016 es compatible con

¹ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.102, 7.104-7.105, 7.107-7.127.

² Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.169-7.170, 7.283-7.285, 7.310, 7.400-7.402, 7.450, 7.457, 7.475, 7.481, 7.494, 7.511, 7.517-7.525, 7.539, 7.541-7.542, 7.571.

³ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.169-7.170, 7.185-7.186, 7.188-7.192, 7.195, 7.204-7.206, 7.211-7.214, 7.279-7.280, 7.281, 7.285, 7.329, 7.339, 7.345, 7.336, 7.373-7.374, 7.384-7.385, 7.89-7.90, 7.397-7.398, 7.419-7.420, 7.469-7.471, 7.473-7.475, 7.518-7.524.

el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la base de que las distinciones reglamentarias pertinentes en las condiciones en materia de etiquetado se "adaptan" en función de los distintos perfiles de riesgo. Las constataciones y conclusiones de los Grupos Especiales son erróneas y se basan en constataciones incorrectas sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica, incluidas las siguientes:

- a. Las constataciones y la conclusión formuladas por los Grupos Especiales con respecto a los criterios de admisibilidad al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que los criterios de admisibilidad se "adaptan" en función de los riesgos globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁴
- b. Las constataciones y la conclusión formuladas por los Grupos Especiales con respecto a los criterios de certificación al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que los criterios de certificación se "adaptan" en función de los riesgos globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁵
- c. Las constataciones y la conclusión formuladas por los Grupos Especiales con respecto a los criterios de seguimiento y verificación al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que los criterios de certificación se "adaptan" en función de los riesgos globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁶ México solicita también al Órgano de Apelación que constate que los Grupos Especiales no hicieron una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, con respecto a sus constataciones y su conclusión en relación con los criterios de seguimiento y verificación. En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al negarse expresamente a considerar en modo alguno pruebas presentadas por México que eran directamente pertinentes e importantes para el resultado del análisis jurídico.⁷
- d. Las constataciones y la conclusión formuladas por los Grupos Especiales con respecto a la "evaluación global de la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC". En particular, los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016, en su totalidad, se "adapta" en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁸

III. Los Grupos Especiales incurrieron en error en sus constataciones al evaluar si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994

10. México solicita también que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y conclusiones de los Grupos Especiales de que la medida sobre el atún de 2016, aunque es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, está exenta de esas obligaciones sobre la base de que está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994. Esta conclusión es errónea y se basa en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica.⁹ México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento del Grupo Especial y constate que la medida sobre el atún de 2016 se

⁴ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.539-7.547.

⁵ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.571-7.573, 7.600-7.611.

⁶ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.650, 7.652, 7.671-7.676.

⁷ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 6.57 y 7.656.

⁸ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.703-7.717, 8.2, 8.6.

⁹ Los errores de derecho de los Grupos Especiales figuran, entre otros, en los párrafos 7.739-7.740, 8.3, 8.7.

aplica en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones.

IV. Los Grupos Especiales incurrieron en error en su constatación de que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta

11. México solicita asimismo que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y la conclusión de los Grupos Especiales de que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta de las partes sin el consentimiento de ambas partes.

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por México	9
Anexo B-2	Resumen de la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos	19

ANEXO B-1

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELANTE PRESENTADA POR MÉXICO

I. INTRODUCCIÓN

1. La presente diferencia trata del régimen de etiquetado para el consumidor de larga data vigente en los Estados Unidos en virtud del cual se prohíbe que prácticamente todos los productos de atún mexicanos sean etiquetados como "*dolphin safe*", al tiempo que se permite que todo el atún y todos los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de prácticamente todos los demás países sean etiquetados como *dolphin safe* sin que haya seguridad de que lo sean. De este modo, la medida de los Estados Unidos, incluido el funcionamiento combinado de sus condiciones y prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe*, modifica las condiciones de competencia en el mercado de los Estados Unidos en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos frente a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, de una manera que no es compatible con los compromisos asumidos por los Estados Unidos en el marco de los Acuerdos de la OMC.

2. Los productos de atún mexicanos contienen atún capturado por la flota mexicana en el océano Pacífico Tropical Oriental (PTO) utilizando un método de pesca que está certificado como "*dolphin safe*" en virtud del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD), un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente en el que los Estados Unidos son parte. El APICD es un acuerdo sobre el medio ambiente premiado que ha tenido un éxito sin reservas y ha reducido enormemente la mortalidad de los delfines hasta niveles estadísticamente insignificantes, a la vez que ha fomentado prácticas de pesca sostenibles. Cuando adoptaron el APICD, las Partes reconocieron que la evidencia científica demostraba que esas prácticas de pesca son un método efectivo para la protección de los delfines y el aprovechamiento racional de los recursos atuneros en el PTO. Los objetivos del APICD son minimizar en la mayor medida de lo posible la mortalidad de delfines en el PTO, al tiempo que se asegura la sostenibilidad de las poblaciones de atún y las especies asociadas en el ecosistema pelágico del PTO. El mantenimiento de este doble objetivo de proteger a los delfines y a otras especies en el ecosistema reviste una importancia crucial.

3. Entretanto, pese a las abundantes pruebas de que se producen considerables efectos perjudiciales para los delfines en pesquerías de atún de todo el mundo, es poco, por no decir nada, lo que se ha hecho para proteger a los delfines en esas otras pesquerías. Sin embargo, la medida estadounidense sobre el atún permite que los productos de atún procedentes de esas pesquerías sean libremente etiquetados "*dolphin safe*", mientras que prohíbe la utilización de la etiqueta para los productos de atún mexicanos.

4. Es la combinación de la concesión y la denegación de la etiqueta *dolphin safe* en el marco de la medida la que altera el equilibrio de las oportunidades de competencia entre los productos de atún mexicanos y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países. Estos hechos, y en particular el gran suministro de productos supuestamente *dolphin safe* que permite la medida, han configurado artificialmente el mercado estadounidense de productos de atún como lo que es hoy. Esta situación cambiaría radicalmente si los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros orígenes fueran realmente *dolphin safe*. Los delfines estarían más protegidos, el suministro de productos de atún *dolphin safe* se reduciría a los niveles correctos, y se crearía un incentivo para que todos los participantes en el mercado de los Estados Unidos reconsideraran la cuestión de la inocuidad para los delfines y la cuestión más amplia de la sostenibilidad de las pesquerías.

5. México está en desacuerdo con las anteriores constataciones de que el atún capturado en el PTO efectuando lances sobre delfines conformes con el APICD puede no reunir las condiciones para la etiqueta *dolphin safe*. Sin embargo, la presente apelación no se centra en la denegación de la etiqueta para los productos de atún mexicanos, sino en la concesión de acceso a la etiqueta para productos de atún que contienen atún que *no es dolphin safe*. La medida lo hace de una manera que es incompatible con el objetivo de proteger los delfines e incompatible con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y el Acuerdo General sobre Aranceles

Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994). Los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida es compatible con estos Acuerdos.

II. MOTIVOS DE LA APELACIÓN

6. La presente apelación se centra en la interpretación y aplicación de las pruebas jurídicas para determinar si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y si la medida sobre el atún se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en los que prevalecen las mismas condiciones en el sentido de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Concretamente, la cuestión central es si las diferencias en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado efectuando lances sobre delfines en el PTO y para los productos de atún que contienen atún capturado mediante otros métodos de pesca en zonas del océano situadas fuera del PTO se "adaptan" y por lo demás están diseñadas y se aplican de manera imparcial de modo que la medida sobre el atún está en conformidad con los requisitos del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

A. Los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

1. Errores en la interpretación jurídica de la prueba de imparcialidad hecha por los Grupos Especiales

7. Los Grupos Especiales incurrieron en error en su interpretación jurídica de la prueba de adaptación y la evaluación global de la imparcialidad en la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

8. En primer lugar, los Grupos Especiales incurrieron en error al no reflejar los objetivos de la medida en los criterios sustantivos para evaluar si las distinciones reglamentarias de la medida están diseñadas y se aplican de manera imparcial, incluso sobre la base de la adaptación.

9. En segundo lugar, al determinar los perfiles de riesgo para su evaluación de la adaptación, los Grupos Especiales no reconocieron que los riesgos para los delfines están indisolublemente vinculados a las características de las zonas del océano y las pesquerías que repercuten en la exactitud de la etiqueta *dolphin safe*. Estas características incluyen la falta de supervisión reglamentaria suficiente, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) y la existencia de transbordo en el mar. Los Grupos Especiales interpretaron erróneamente la evaluación de la "adaptación" aplicable y se centraron únicamente en el efecto de los métodos de pesca desde el punto de vista de la mortalidad y las heridas graves observables y no observables causadas a los delfines. Esta interpretación es demasiado restringida e incompleta y es jurídicamente errónea, en particular en el caso de las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, que están directamente encaminadas a asegurar la exactitud de la etiqueta. La finalidad y la función de estas prescripciones son precisamente asegurar que la información facilitada a los consumidores en la etiqueta *Dolphin safe* refleje con exactitud que el producto no contiene atún que haya sido capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.

10. En tercer lugar, los Grupos Especiales incurrieron en error al interpretar restrictivamente que el "riesgo de inexactitud" guarda relación con el síntoma o resultado (es decir, una etiqueta inexacta) en vez de con los factores de riesgo que causan el síntoma o resultado (es decir, la falta de supervisión reglamentaria suficiente, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de INDNR y la existencia de transbordo en el mar). Como consecuencia de este error, los Grupos Especiales concluyeron que en *todas* las pesquerías situadas fuera del PTO la etiqueta podía tener un "margen de error", sin tener en cuenta las diferencias reales entre las pesquerías por lo que respecta a la fiabilidad de sus sistemas de certificación y de seguimiento y verificación. Al adoptar este enfoque, las zonas de pesca en las que se sabe que la supervisión reglamentaria es insuficiente, que las declaraciones no son fiables y que hay pesca INDNR y transbordo considerables son tratadas igual que las zonas de pesca que no presentan estos problemas. En consecuencia, los Grupos Especiales no evaluaron debidamente las diferencias pertinentes entre

las pesquerías y por lo tanto no tuvieron en cuenta los factores de riesgo que existen en las diferentes zonas del océano.

11. Por último, los Grupos Especiales incurrieron en error al no interpretar el párrafo 1 del artículo 2 en su contexto, incluidos el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, con el fin de asegurar que la interpretación de la discriminación arbitraria e injustificable en las dos disposiciones fuera simétrica e incluir en el marco de ambas disposiciones una evaluación del vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida.

2. Errores en la aplicación de la adaptación a los hechos

12. Los errores cometidos por los Grupos Especiales en la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 los llevaron a incurrir en error en su establecimiento y evaluación de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca y zonas del océano. Estos perfiles de riesgo son fundamentales para la evaluación de la adaptación, porque definen los factores que se utilizarán para evaluar si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún se adaptan debidamente en función de los riesgos globales relativos derivados del empleo de métodos de pesca diferentes en diferentes zonas de los océanos.

a. Los Grupos Especiales incurrieron en error al no incluir criterios de adaptación en relación con las zonas del océano

13. Salvo en el caso del cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO, los Grupos Especiales no extrajeron conclusiones sobre los perfiles de riesgo de los métodos de pesca *en diferentes zonas del océano*. Los perfiles de riesgo de los diferentes métodos de pesca se evaluaron a nivel mundial, sin tomar en consideración pesquerías individuales, en particular aquellas en las que un método de pesca está causando efectos perjudiciales significativos en los delfines. El análisis de los Grupos Especiales consistió en una evaluación comparativa de los perfiles de riesgo del método de pesca de cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO respecto de cada uno de los otros seis métodos de pesca en todo el mundo. Para cada uno de estos otros seis métodos de pesca, los Grupos Especiales efectivamente promediaron o utilizaron muestreos de los riesgos o niveles de daño globales relativos en todas las pesquerías que emplean el método. Como consecuencia del enfoque de los Grupos Especiales, las zonas del océano en las que las pruebas demuestran que un método de pesca causa efectos perjudiciales significativos en los delfines quedan "ocultas" o "no se aprecian" en el perfil de riesgo mundial de ese método. Las conclusiones de los Grupos Especiales reflejan erróneamente una comparación de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca, y no una comparación de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano (es decir, pesquerías). Del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida y de las anteriores resoluciones del Órgano de Apelación se desprende claramente que para realizar un análisis de la adaptación en este caso es necesario comparar los perfiles de riesgo de los diferentes métodos de pesca en las diferentes zonas de los océanos. Los Grupos Especiales no lo hicieron.

14. No evaluar tanto los métodos de pesca como las zonas del océano es contrario a los dos objetivos de la medida: 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 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. Si bien los Grupos Especiales declararon que estaban realizando una "evaluación de los niveles globales de riesgos relativos que representan para los delfines distintos métodos de pesca en diferentes zonas del océano", en realidad solo llevaron a cabo una evaluación parcial de determinados riesgos promediados entre todas las zonas de los océanos.

b. Los Grupos Especiales incurrieron en error al utilizar un único punto de referencia basado en los lances sobre delfines conformes con el APICD

15. Los Grupos Especiales emplearon los riesgos de daño planteados por el método de cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO como el punto de referencia para

realizar su evaluación del perfil de riesgo de todas las pesquerías de atún. El empleo de ese punto de referencia es erróneo por tres razones.

16. Con arreglo al enfoque de los Grupos Especiales, el punto de referencia con el que se comparan los perfiles de riesgo de todos los demás métodos de pesca y zonas del océano es el perfil de riesgo del mismo método de pesca y zona del océano que es objeto de la discriminación que se impugna. Utilizar la pesquería en que se efectúan lances sobre delfines del PTO como el punto de referencia para determinar la imparcialidad de las distinciones reglamentarias que dan lugar al efecto perjudicial hace que el segundo paso del análisis sea *inútil*. Ello se debe a que, por definición, el perfil de riesgo de la pesquería a la que va dirigida la medida nunca puede mejorar ese punto de referencia. Un punto de referencia no puede utilizarse para evaluar objetivamente las circunstancias que constituyen el propio punto de referencia.

17. El punto de referencia ha de ser un criterio o rasero independiente y objetivo en función del cual deben evaluarse los riesgos o niveles de daño globales relativos derivados de cada uno de los distintos métodos de pesca en las diferentes zonas de los océanos, incluidos los que están prohibidos y los que están permitidos en virtud de la medida sobre el atún (esto es, ambas caras de las distinciones reglamentarias pertinentes). El punto de referencia debe corresponder a la cuestión o circunstancia específica que las distinciones reglamentarias pertinentes tienen por objeto abordar a la luz de los objetivos de la medida. En el presente caso, las distinciones reglamentarias pertinentes tienen por objeto abordar los efectos perjudiciales -esto es, la mortalidad y las heridas graves- que causan a los delfines distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.

18. Debido a las diferencias en los efectos perjudiciales que puede causar un método de pesca determinado en las distintas zonas de los océanos, es imposible aplicar un único punto de referencia a todas las pesquerías a efectos de esta evaluación de la adaptación. Cada método de pesca y zona de pesca debe evaluarse atendiendo a los diferentes riesgos relativos que entraña de que los delfines sufran efectos perjudiciales en el curso de las operaciones de pesca de atún.

19. Los Grupos Especiales se centraron en distinguir el método de pesca empleado por México en el PTO de todos los demás métodos de pesca y, al hacerlo, no evaluaron si el atún capturado utilizando otros métodos de pesca en otras zonas del océano también debía quedar excluido del acceso a la etiqueta. Con el enfoque de los Grupos Especiales solo se examinó, erróneamente, una cara de la distinción reglamentaria pertinente.

20. A lo sumo, el enfoque de los Grupos Especiales abarca el modo en que las distinciones reglamentarias pertinentes abordan los riesgos o niveles de daño relativos asociados a los lances sobre delfines conformes con el APICD efectuados en el PTO. Los Grupos Especiales incurrieron en error porque con su enfoque no se evaluó si los riesgos o niveles de daño asociados a otros métodos de pesca en otras pesquerías se abordan, de manera proporcionada a sus respectivos perfiles de riesgo, en las condiciones en materia de etiquetado que se aplican respecto del atún capturado en esas otras pesquerías.

21. El criterio del perfil de riesgo utilizado por los Grupos Especiales se centró en características cualitativas que son únicas del método de cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO, lo que profundiza aún más este único punto de referencia en el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales.

22. El enfoque analítico seguido por los Grupos Especiales los llevó a hacer caso omiso de la orientación impartida por el Órgano de Apelación de tener en cuenta los efectos globales de cada método de pesca. En lugar de determinar los riesgos o niveles de daño globales relativos atribuibles a las distintas pesquerías, "tanto respecto de los daños observados como de los no observados", el análisis de los Grupos Especiales creó distinciones entre i) diferentes "tipos" de daños no observables y ii) la "naturaleza y alcance de las interacciones con delfines" de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. El efecto práctico de estas distinciones en los análisis de los Grupos Especiales fue excluir determinados tipos de daños y determinados métodos de pesca perjudiciales de una comparación directa con los riesgos o niveles de daño globales relativos asociados al método de pesca de cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO.

23. El enfoque de los Grupos Especiales significa que pueden infligirse mortalidad y heridas graves de delfines siempre que no constituyan los mismos "tipos" de daño que se han atribuido al cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO.

c. Los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en mediciones del riesgo para los delfines que eran incompletas

24. Los Grupos Especiales identificaron como pertinentes para el "perfil de riesgo": i) la cifra de mortalidad y heridas graves observadas por cada 1.000 lances; ii) la existencia de mortalidad y heridas graves no observables de los "tipos" cuya existencia se había constatado respecto de los lances sobre delfines conformes con el APICD en el PTO; iii) la necesidad de un método concreto para interactuar con los delfines; y iv) el nivel de las interacciones con los delfines, aunque los dos últimos factores fueron tratados como una aproximación para estimar la mortalidad y las heridas graves no observables, más que como factores distintos. Los Grupos Especiales rehusaron emplear otros métodos de medición basados en el método de la Eliminación biológica potencial (EBP) y los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves de delfines.

25. Los Grupos Especiales incurrieron en error al no abordar las deficiencias de su enfoque de la medición, incluida la indebida reducción de los "perfiles de riesgo" de los diferentes métodos de pesca y zonas de pesca que habían de evaluarse y compararse, de manera que se omitieron importantes factores de riesgo. El enfoque de los Grupos Especiales omite en la evaluación del riesgo de los métodos de pesca y zonas del océano:

- La repercusión de los métodos de pesca de atún en la sostenibilidad de las poblaciones de delfines, lo que permite que la etiqueta *dolphin safe* se utilice en el atún capturado de una manera que pone en peligro la sostenibilidad de las poblaciones de delfines al menos en tres zonas del océano.
- La mortalidad y heridas graves de delfines absolutas en zonas del océano, lo que permite que la etiqueta *dolphin safe* se utilice en el atún capturado en zonas del océano en las que cada año se da muerte a miles de delfines debido a la pesca de atún.
- Los riesgos creados en determinadas zonas del océano por una supervisión reglamentaria insuficiente, declaraciones no fiables y una pesca INDNR y/o un transbordo en el mar considerables.

26. Al examinar los posibles métodos alternativos para evaluar los perfiles de riesgo de los diferentes métodos de pesca, los Grupos Especiales rechazaron utilizar los niveles de EBP. El nivel de EBP es el número máximo de animales, excluidas las muertes naturales, que cabe eliminar en una población de animales (como los delfines) sin que por ello esa población deje de alcanzar o mantener su nivel óptimo sostenible. Ofrece una medición de la magnitud de los efectos perjudiciales en los delfines que es esencial para una comparación entre zonas del océano. Una mortalidad de delfines reducida tendrá una magnitud de efectos perjudiciales que será comparativamente mucho mayor en las zonas del océano en las que las poblaciones de delfines estén en peligro o cuyo nivel sea bajo. Al rechazar esta medición, los Grupos Especiales rechazaron erróneamente las poblaciones de delfines que estaban en peligro o cuyo nivel era bajo como factor de riesgo pertinente a los efectos del derecho a la etiqueta. Esto es contrario al objetivo de la medida sobre el atún de desalentar las prácticas de pesca que sean perjudiciales para los delfines. Poner en peligro las poblaciones de delfines en una zona del océano es claramente perjudicial como quiera que se mire.

27. Los Grupos Especiales afirmaron que el empleo del método EBP no sería útil, aduciendo que la medida sobre el atún se ocupa de los riesgos a que se enfrentan los delfines "a nivel individual, más que a nivel de las poblaciones". Los Grupos Especiales no explicaron adecuadamente, en el contexto del diseño, la estructura y la arquitectura de la medida sobre el atún, cómo podría considerarse que el empleo de un método de pesca que causa o amenaza causar la desaparición de una población de delfines en una región no tiene efectos perjudiciales en estos. Como adujo México, en los casos en que la mortalidad podría dar lugar a la extinción de una población de delfines, esa posible extinción está abarcada por el concepto de "tener efectos perjudiciales" en los

delfines. Los Grupos Especiales no trataron de justificar haber pasado por alto la mortalidad que pone en peligro la población de delfines en pesquerías como las siguientes:

- la pesquería con palangre de poblaciones insulares de la isla principal de Hawái;
- la pesquería con palangre del Atlántico Noroeste;
- la pesquería con palangre pelágico de Hawái.

28. Los Grupos Especiales también rechazaron el argumento alternativo de México de que, si el método EBP no se utilizaba, debían utilizarse los niveles absolutos de efectos perjudiciales.

29. Al descartar el enfoque de los niveles absolutos y adoptar un criterio cuantitativo sobre la base de 1.000 lances (al menos en el caso de algunas pesquerías), los Grupos Especiales no captaron el "panorama general" por lo que respecta a los efectos perjudiciales para los delfines en una pesquería. En los casos en que haya una elevada frecuencia de lances, los efectos perjudiciales globales quedarán ocultos. En consecuencia, podría considerarse que el atún capturado en una zona del océano en la que la pesca de atún causa decenas de miles de muertes al año es acreedor a la etiqueta *dolphin safe*. El hecho de que determinados lances no causen muertes y heridas graves de delfines y el atún de esos lances sea acreedor a la etiqueta no obsta para que se dé muerte a decenas de miles de delfines en la pesquería. Estos efectos perjudiciales son los "efectos perjudiciales globales en los delfines" correspondientes al método/zona de pesca. Tales prácticas de pesca en esas zonas del océano deberían desalentarse.

30. Al igual que la omisión de la EBP, la omisión de estos efectos perjudiciales globales es contraria a los dos objetivos de la medida.

31. La adaptación conlleva la evaluación de los riesgos relativos de daños globales a los delfines planteados por los distintos métodos de pesca en distintas regiones oceánicas. En el caso de un método de pesca determinado que cause daños a los delfines, estos correrán un mayor riesgo relativo de sufrir daños derivados de ese método de pesca en las zonas del océano donde la supervisión reglamentaria sea insuficiente, que incluye declaraciones no fiables y pesca INDNR y/o transbordos en el mar considerables, que en las zonas del océano donde esto no ocurra. Además, estos factores de riesgo son directamente pertinentes para la adaptación de las condiciones de etiquetado en materia de certificación y de seguimiento y verificación. En las zonas del océano que tienen estas características son necesarios controles más estrictos que en las zonas que no las tienen.

32. Los Grupos Especiales rechazaron el argumento de México de que la fiabilidad de los sistemas aplicables en las distintas pesquerías para la certificación, el seguimiento y la verificación es un elemento integrante del perfil de riesgo de las distintas pesquerías que debe evaluarse y compararse.

33. La omisión de la fiabilidad de las declaraciones como criterio en los perfiles de riesgo de las zonas de pesca es contraria a los objetivos de la medida. Existe un mayor riesgo de que no se declaren efectos perjudiciales para los delfines en las pesquerías no fiables que en las fiables y, en consecuencia, de que la medida no desaliente los actos que tengan efectos perjudiciales para los delfines en las pesquerías no fiables. Dada la importancia que la certificación, el seguimiento y la verificación tienen para estos objetivos y para la medida en su conjunto, el criterio de la fiabilidad debería haber sido incluido en los perfiles de riesgo.

34. Al rechazar estos factores de riesgo en su evaluación del riesgo, los Grupos Especiales incurrieron en error porque su análisis del riesgo fue incompleto, y las carencias creadas en los perfiles de riesgo fueron contrarias a los objetivos de la medida.

d. Los Grupos Especiales evaluaron incorrectamente la adaptación de cada una de las tres condiciones de etiquetado de la medida sobre el atún

35. La evaluación de la adaptación de cada una de las tres distinciones reglamentarias exige examinar tanto los métodos de pesca como las zonas del océano. Los errores de los Grupos Especiales radican principalmente en que no tuvieron en cuenta las diferencias entre las zonas del océano por lo que respecta a los efectos perjudiciales para los delfines, la supervisión reglamentaria, la fiabilidad de las declaraciones, la pesca INDNR y el transbordo. Estos errores

permiten que la etiqueta *dolphin safe* se utilice en productos de atún que no son inocuos para los delfines, incluidos productos que contienen atún que fue capturado utilizando métodos de pesca en zonas del océano en las que se producen mortalidad y heridas graves de delfines sistemáticas y sustanciales, en las que, al menos en tres casos, se pone en peligro la sostenibilidad de las poblaciones de delfines, y en las que falta supervisión reglamentaria, las declaraciones no son fiables y tienen lugar la pesca INDNR y el transbordo. Estas deficiencias en la evaluación realizada por los Grupos Especiales permiten que la etiqueta se utilice en productos de atún cuando no debería utilizarse.

1) Criterios de admisibilidad

36. Los criterios de admisibilidad determinan qué métodos de pesca en determinadas zonas del océano están permitidos y qué métodos de pesca en determinadas zonas del océano están prohibidos para capturar atún con el fin de producir productos de atún que reúnan las condiciones para la etiqueta "*dolphin safe*" estadounidense. Estos criterios excluyen el atún capturado utilizando el método de cercamiento de delfines conforme con el APICD en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, los lances con redes de cerco no conformes con el APICD u otros empleos de artes que deliberadamente cercan delfines en todas las zonas del océano, y la pesca en gran escala con redes de deriva en las zonas de alta mar del océano. Todos los demás métodos de pesca en todas las demás zonas del océano (incluida, por ejemplo, la pesca con redes de deriva en zonas económicas exclusivas) están permitidos para capturar atún con el fin de producir productos que reúnan las condiciones para la etiqueta "*dolphin safe*" en el mercado de los Estados Unidos, pese a las abundantes pruebas fácticas obrantes en el expediente de que determinados métodos de pesca en determinadas zonas del océano tienen sustanciales efectos perjudiciales en los delfines que son iguales o mayores que los de los métodos excluidos. Al permitir, en lugar de excluir, el empleo de esos métodos de pesca en esas zonas del océano con el fin de producir productos de atún que reúnan las condiciones para la etiqueta "*dolphin safe*", no cabe decir que la distinción reglamentaria impuesta por los criterios de admisibilidad se adapte en función de -esto es, se adecue debidamente a, o guarde proporción con- los riesgos globales relativos que plantean para los delfines los diferentes métodos de pesca en diferentes zonas del océano.

37. En particular, los Grupos Especiales omitieron por completo en su evaluación de los criterios de admisibilidad cualquier consideración de las siguientes constataciones que formularon y pruebas que citaron en relación con la mortalidad y las heridas graves habituales e importantes de delfines derivadas de los siguientes métodos de pesca en las siguientes zonas del océano:

- la pesca con redes agalleras en varias zonas del océano ha dado muerte a cetáceos, en un número que asciende a decenas de miles anualmente, lo que podría plantear un riesgo para la sostenibilidad de muchas poblaciones de cetáceos;
- la pesca con redes agalleras causa considerables daños observables a los delfines en distintas zonas del océano;
- algunas pesquerías de atún con redes agalleras, y concretamente las redes de deriva utilizadas en zonas costeras, son "sumamente destructiva[s]" y representan una de "las mayores amenazas para las poblaciones de pequeños cetáceos en algunos lugares del mundo";
- las significativas cifras de mortalidad de delfines en las pesquerías con redes agalleras y objetivos mixtos del océano Índico, que llevaron a la NOAA a determinar que la mortalidad en esas pesquerías superaría con mucho el criterio de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines" del PTO;
- las pesquerías con redes agalleras, y en particular las pesquerías con redes de deriva, han causado, en algunas circunstancias y en determinadas regiones, niveles de daños observables mayores que los causados por los lances sobre delfines en el PTO;
- se estima que la pesca con palangre da muerte cada año a más de 18.000 delfines en el océano Pacífico;

- al menos en algunas pesquerías (por ejemplo, la pesquería con palangre de poblaciones insulares de la isla principal de Hawái, el palangre del Atlántico Noroeste y la pesquería con palangre pelágico de Hawái), el palangre está teniendo efectos perjudiciales para los delfines próximos o superiores a los límites de sostenibilidad de las poblaciones de delfines;
- en relación con la pesca de arrastre, los Grupos Especiales identificaron una pesquería del Atlántico Septentrional para la que calcularon una cifra de 450 muertes por cada 1.000 lances -alrededor de 5 veces mayor que su cifra para la pesquería de lances sobre delfines del PTO-;
- la pesca de arrastre y con redes agalleras ha causado una ingente mortalidad absoluta de delfines en, por ejemplo, la pesquería con redes agalleras de Sri Lanka y la India, las pesquerías con redes agalleras en mar abierto y aguas distantes del Taipei Chino y la pesquería con redes agalleras del África Occidental, así como en la pesquería con redes de deriva de Marruecos y la pesquería de redes de arrastre remolcadas por parejas del Atlántico Nororiental.

38. Los Grupos Especiales no mencionaron estos importantes hechos en su evaluación de los criterios de admisibilidad. En su examen de los perfiles de riesgo de los métodos de pesca, los Grupos Especiales hicieron caso omiso de estas pruebas basándose, por ejemplo, en que "si bien la pesca con redes agalleras puede ser dañina para los delfines, no causa *necesariamente* esos daños en todas las zonas del océano"; "las mortalidades [causadas por la pesca de arrastre] son muy bajas en algunas pesquerías y moderadas en otras"; y la sostenibilidad de la población no es pertinente para evaluar los efectos perjudiciales en los delfines.

39. La mayoría del razonamiento de los Grupos Especiales relativo a los criterios de admisibilidad se fundamenta en los efectos perjudiciales "no observados" causados por los lances sobre delfines, la constatación de que con este método de pesca "se interactúa de forma habitual y sistemática con delfines", y la constatación de que otros métodos de pesca "no causan los mismos *tipos* de daños no observables". Al limitar su evaluación a estas distinciones, los Grupos Especiales excluyeron los efectos perjudiciales causados por otros métodos de pesca en otras zonas del océano, tales como los ahogamientos con pedazos de redes agalleras, "la pesca fantasma" a consecuencia de artes perdidas o abandonadas, y las mutilaciones causadas por anzuelos de palangre. Este enfoque autoriza las distinciones reglamentarias que permiten la mortalidad y las heridas graves de delfines siempre que no constituyan los mismos "tipos" de efectos perjudiciales que se han atribuido al método de cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO. Los Grupos Especiales incurrieron en error al omitir en su evaluación de la adaptación otros efectos perjudiciales causados por otros métodos de pesca en otras zonas del océano.

40. Como quiera que se mire, por pocas que sean por lance, la mortalidad y las heridas graves de delfines que amenazan la sostenibilidad de la población de delfines en una zona del océano equivalen a "efectos perjudiciales en los delfines" que deberían ser desalentados por la etiqueta. Los Grupos Especiales incurrieron en error al desechar explícitamente estos efectos por no considerarlos pertinentes, permitiendo que la etiqueta se utilice para el atún capturado de una manera que amenaza las poblaciones de delfines, y omitiendo esta importante medición de los efectos perjudiciales en su evaluación de la adaptación de los criterios de admisibilidad.

41. Por último, los Grupos Especiales incurrieron en error al omitir en su evaluación factores relacionados con la fiabilidad de la zona del océano. Los delfines corren un riesgo global mayor en las zonas del océano en las que la supervisión reglamentaria es insuficiente, las declaraciones no son fiables y se producen pesca INDNR y transbordos en el mar, que en las zonas del océano que no presentan estas características. El atún capturado en esas zonas del océano por métodos de pesca que causen efectos perjudiciales en los delfines no debería ser acreedor a la etiqueta y en consecuencia esos métodos deberían desalentarse.

2) Prescripciones en materia de certificación

42. Las "prescripciones en materia de certificación" determinan quién debe certificar la designación inicial de la condición *dolphin safe* de una captura de atún en el momento de la captura. Las prescripciones exigen la certificación por un observador independiente y cualificado

para el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y para todos los métodos de pesca en siete zonas de pesquerías nacionales de los Estados Unidos respecto de las cuales el Departamento de Comercio ha determinado que los observadores estadounidenses están cualificados para certificar que no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en los que se capturó el atún. Con respecto a estas siete pesquerías, se exige que la certificación la efectúe un observador independiente únicamente cuando el observador se encuentre a bordo de la embarcación por motivos no relacionados. Los Estados Unidos han invocado también las "disposiciones relativas a las determinaciones" establecidas en la medida sobre el atún para imponer prescripciones en materia de certificación por observador independiente a determinadas pesquerías con redes agalleras en el océano Índico sobre la base de que las mortalidades de delfines en esas pesquerías son mayores que en el PTO, al tiempo que han alegado de manera simultánea y contradictoria que la pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines en el PTO es el único método dañino para los delfines. En el caso de todos los demás métodos de pesca y todas las demás zonas del océano se permite que los propios capitanes certifiquen la condición *dolphin safe* del atún en el momento de la captura, aun cuando el capitán pueda no estar cualificado para llevar a cabo la designación, pueda no haber participado directamente en la captura del atún, y pueda estar operando en una zona del océano que no sea objeto de una supervisión reglamentaria suficiente. Al no exigir la certificación independiente en esas circunstancias, las distinciones reglamentarias establecidas por las prescripciones en materia de certificación no se adaptan. Los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que esas distinciones se adaptan y, en consecuencia, incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún es imparcial y compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

43. Los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en su evaluación defectuosa de los perfiles de riesgo de los métodos de pesca, al basarse exclusivamente en los métodos de pesca sin realizar un análisis de las zonas del océano, y al constatar indebidamente que la medida podría permitir márgenes de error más elevados fuera del PTO. Los Grupos Especiales también constataron incorrectamente que las "disposiciones relativas a las determinaciones" resolvían los problemas relacionados con la adaptación de las prescripciones en materia de certificación, sin abordar que, tal como las aplican los Estados Unidos, una pesquería puede ser designada con arreglo a las disposiciones relativas a las determinaciones solo si tiene efectos en los delfines mucho mayores que la pesquería del PTO.

e. Prescripciones en materia de seguimiento y verificación

44. Las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación" garantizan que el atún capturado con métodos de pesca admisibles en zonas del océano admisibles que sea debidamente certificado como *dolphin safe* en el momento de la captura sea seguido con precisión desde el momento de su captura hasta el de la fijación de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún que lo contienen. El cumplimiento de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO es supervisado por observadores independientes y autoridades gubernamentales, lo que hace que la documentación sea completa y fiable. En el caso de otras pesquerías (distintas de las pesquerías con redes agalleras del océano Índico mencionadas más arriba), los productores e importadores estadounidenses están obligados simplemente a mantener los registros que llevan en el curso normal de sus actividades, y los Estados Unidos no presentaron prueba alguna de que hubieran exigido u obtenido de ningún participante en el mercado documentación de seguimiento y verificación que fuera plenamente verificable. Al no imponer a las pesquerías no fiables -como las pesquerías en las que se sabe se tolera o no se puede impedir la pesca INDNR- prescripciones que exijan un seguimiento y verificación exhaustivo, fiable y exacto, las distinciones reglamentarias establecidas por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no se adaptan. Los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que esas distinciones se adaptan y, en consecuencia, incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún es imparcial y compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

45. Al evaluar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, los Grupos Especiales volvieron a basarse en su análisis defectuoso de los perfiles de riesgo, entre otras cosas al no tener en cuenta las diferencias entre las diferentes pesquerías situadas fuera del PTO, al no tener en cuenta factores pertinentes como la fiabilidad de las declaraciones y la pesca INDNR en determinadas zonas, y al aplicar un análisis defectuoso para concluir que las diferencias entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otras pesquerías se han reducido. Los Grupos Especiales también actuaron de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al rehusar

expresamente examinar pruebas directas de que los principales productores de productos de atún no pueden hacer un seguimiento de la procedencia de su atún desde los océanos Pacífico Central y Occidental e Índico. Como consecuencia de este error, las constataciones de los Grupos Especiales no solo carecen de un fundamento adecuado en las pruebas obrantes en el expediente, sino que quedan contradichas por esas pruebas.

B. Los Grupos Especiales incurrieron en error al determinar que la medida sobre el atún cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994

46. Los Grupos Especiales incurrieron en error en su razonamiento y sus constataciones de que la medida sobre el atún no se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable, y por lo tanto está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

47. Los Grupos Especiales incurrieron en error porque se abstuvieron de realizar, tanto en el marco del párrafo 1 del artículo 2 como en el de la parte introductoria del artículo XX, una evaluación plena de si la medida sobre el atún está diseñada o se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable considerando, entre otras cosas, si los efectos perjudiciales de las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún pueden conciliarse o tienen una relación racional con los objetivos perseguidos por la medida que se constató provisionalmente que la justificaban al amparo del apartado g) del artículo XX. Cabe destacar que los Grupos Especiales no formularon constataciones sustantivas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 con respecto a la discriminación arbitraria o injustificada. Su evaluación de los requisitos de la parte introductoria fue, erróneamente, incompleta.

C. Los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que estaban facultados para autorizar la celebración de una reunión parcialmente abierta

48. Basándose en una solicitud unilateral presentada por los Estados Unidos a la que se opuso México, los Grupos Especiales abrieron parcialmente al público su reunión con las partes, permitiendo la grabación en vídeo de fragmentos específicos y la proyección pública de la grabación varias semanas después de la audiencia. Este procedimiento impuso cargas innecesarias a México e impidió que la audiencia transcurriera con normalidad. México solicita al Órgano de Apelación que resuelva, en consonancia con sus resoluciones anteriores sobre esta cuestión, que las audiencias pueden abrirse únicamente cuando exista acuerdo entre todas las partes en la diferencia.

III. CONCLUSIONES

49. Sobre la base de lo que antecede, México solicita respetuosamente que el Órgano de Apelación constate que los Grupos Especiales incurrieron en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994 y en su aplicación de dichas disposiciones a los hechos en cuestión, modifique el razonamiento de los Grupos Especiales y revoque las constataciones de los Grupos Especiales de que la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 y cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX.

ANEXO B-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELADO PRESENTADA
POR LOS ESTADOS UNIDOS**

1. Esta es la tercera vez que se somete al Órgano de Apelación esta diferencia de larga data sobre la cuestión de si las prescripciones estadounidenses relativas al etiquetado *dolphin safe* discriminan contra el atún y los productos de atún mexicanos. Consideramos que deber ser la última.

I. LOS GRUPOS ESPECIALES NO INCURRIERON EN ERROR AL CONSTATAR QUE LA MEDIDA IMPUGNADA ES COMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

A. La alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 debería rechazarse

1. Los Grupos Especiales constataron correctamente que los perfiles de riesgo deben reflejar el riesgo de mortalidad y heridas de delfines

2. México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al interpretar el análisis de la adaptación porque constataron que los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca debían reflejar solo los daños a delfines -es decir, mortalidad y heridas (tanto observadas como no observadas)- y no la fiabilidad de los diferentes sistemas de certificación y de seguimiento y verificación. La apelación de México debería rechazarse.

3. En primer lugar, México se equivoca al alegar que los Grupos Especiales incurrieron en error al seguir estrictamente la orientación impartida por el Órgano de Apelación en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento. El Órgano de Apelación expuso claramente lo que consideraba que era el análisis de la adaptación adecuado. Al hacerlo, se refirió reiteradamente a los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca y a que esos perfiles de riesgo debían reflejar los riesgos relativos de mortalidad y heridas observadas y no observadas. En segundo lugar, México insiste en que los Grupos Especiales deberían haber sometido los criterios de admisibilidad a una prueba jurídica y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación a otra. Sin embargo, en el procedimiento anterior, el Órgano de Apelación reprochó al Grupo Especial que hubiera aplicado pruebas distintas a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, por un lado, y a los criterios de admisibilidad, por el otro, e hizo hincapié en que debía aplicarse *la misma prueba* a estas distinciones reglamentarias "acumulativas y ... sumamente interrelacionadas". De lo que se trata es, en definitiva, de si *la medida* es imparcial. Por último, la apelación de México debería rechazarse porque se ha planteado sin ningún fundamento fáctico. México nunca aportó a los Grupos Especiales prueba alguna de que "la fiabilidad de los sistemas aplicables" esté "indisolublemente vinculad[a]" a daños físicos reales de delfines, de modo que "los delfines correrán un mayor riesgo relativo de sufrir daños" en los casos en que "la fiabilidad de los sistemas aplicables" sea poca. México no puede formular nuevos argumentos fácticos en apelación.

2. Los Grupos Especiales evaluaron correctamente la medida de 2016 basándose en si las distinciones que establece se adaptan en función de los riesgos relativos para los delfines

4. México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al no evaluar la compatibilidad de la medida de 2016 basándose en la "prueba de conexión racional". México parece formular a este respecto ocho argumentos distintos, todos los cuales abordan la afirmación de los Grupos Especiales de que el empleo por el Órgano de Apelación de la frase "teniendo en cuenta los objetivos de la medida" significa que estaban obligados a tener en cuenta que: "a) la forma y el contenido de la prueba de adaptación deben estar apropiadamente informados por los objetivos que persigue la medida, y b) que la propia prueba de adaptación debe aplicarse teniendo en cuenta los objetivos de la medida". La apelación de México debería rechazarse en su totalidad.

5. Los argumentos primero, tercero y cuarto de México son redundantes respecto de argumentos que figuran más arriba y fracasan por las razones ya explicadas. El segundo argumento de México -que el análisis de los Grupos Especiales tolera etiquetas menos exactas en el caso del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que en el del capturado dentro de ella- es equivocado. Los Grupos Especiales razonaron correctamente que: 1) no podían dar por supuesto que las certificaciones de cualquier pesquería fueran totalmente correctas; 2) el riesgo de que el etiquetado sea inexacto no es una constante, y "dependerá no solo de[l] margen de error [de la certificación], sino también, y de manera importante, del alcance de los hechos que exigen registrar si se han observado mortalidad o heridas graves de delfines en una determinada pesquería"; y 3) para determinar si las diferencias reglamentarias de la medida son compatibles con los objetivos de esta, era necesario que examinaran esas diferencias "a la luz de los perfiles de riesgo pertinentes de las distintas pesquerías", y determinarán si "se adapta[n], se adecua[n] y [son] proporcionad[as] ... a los perfiles de riesgo diferentes de distintas pesquerías". El quinto argumento de México -que los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en el concepto de "margen de error"- fracasa. Los Grupos Especiales afirmaron correctamente que "no es probable que los sistemas puedan ser completamente a prueba de errores" y que la medida no tiene que "ser completamente a prueba de errores a fin de adaptarse" (y ser de este modo compatible con el párrafo 1 del artículo 2). El concepto de margen de error es compatible con la instrucción del Órgano de Apelación de que un análisis del cumplimiento debe evaluar todos los aspectos pertinentes de la medida en el marco del análisis de la adaptación para determinar si la medida, en su totalidad, se adapta en función de los riesgos de daños a los delfines en las distintas pesquerías. El sexto argumento de México -que los Grupos Especiales no "tuvieron en cuenta la variabilidad de los riesgos para los delfines en determinadas pesquerías situadas fuera del PTO"- se aborda más abajo. El séptimo argumento de México -que los Grupos Especiales malinterpretaron el argumento de México relativo a la relación entre los dos objetivos de la medida- fracasa por no identificar un error jurídico. El octavo argumento de México -que los Grupos Especiales incurrieron en error al no interpretar el párrafo 1 del artículo 2 de modo que se garantizara la "simetría" con el artículo XX del GATT de 1994- fracasa; el enfoque de los Grupos Especiales refleja esa consideración, dado que sigue fielmente la orientación impartida por el Órgano de Apelación en el procedimiento anterior.

3. Los Grupos Especiales evaluaron correctamente la medida de 2016 sin tener en cuenta el objetivo de desarrollo sostenible

6. La apelación de México según la cual los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 porque la medida "socava el objetivo de desarrollo sostenible" debería rechazarse. Como explicaron los Grupos Especiales, el argumento de México trata de transformar un texto preambular relativo al desarrollo sostenible en una obligación sustantiva de que los Miembros promuevan un objetivo de sostenibilidad en virtud de la obligación del Acuerdo OTC relativa a la discriminación. Sencillamente no existe fundamento para ese argumento, y México no proporciona ninguno.

B. La alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 debería rechazarse

1. Los Grupos Especiales evaluaron correctamente los diferentes perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano

7. Las alegaciones de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al: a) no incluir evaluaciones de las pesquerías en su evaluación de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca; b) utilizar el daño causado a los delfines mediante los lances sobre delfines en las pesquería de grandes buques de cerco del PTO como el "único punto de referencia" para el análisis de la adaptación; y c) utilizar mediciones del riesgo para los delfines que México alega que son deficientes y al mismo tiempo omiten importantes factores de riesgo deberían rechazarse.

a. La alegación formulada por México de que el análisis de los perfiles de riesgo de los diferentes métodos de pesca realizado por los Grupos Especiales no abarcó evaluaciones de las pesquerías pertinentes debería rechazarse

8. En primer lugar, el argumento de México de que los perfiles de riesgo deben evaluarse exclusivamente sobre la "base de cada pesquería" debería rechazarse porque un enfoque

pesquería por pesquería está en contradicción con el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida relativa al etiquetado *dolphin safe*. Está firmemente establecido que los criterios de admisibilidad establecen distinciones sobre la base de cada método de pesca, no sobre la base de cada pesquería. En ninguna parte de los dos conjuntos de recomendaciones y resoluciones del OSD se indica que abordar esta cuestión sobre la base de cada método de pesca sea incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. Además, este argumento está directamente en contradicción con el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones.

9. En segundo lugar, la apelación de México debería rechazarse porque el enfoque que México insiste en que debe adoptarse está en contradicción con el análisis del Órgano de Apelación. No existe fundamento en el análisis realizado por el Órgano de Apelación en los dos procedimientos anteriores para la afirmación de México. Así lo demuestra el análisis llevado a cabo por el Órgano de Apelación de la razón por la que no pudo completar el análisis. En particular, el Órgano de Apelación concluyó que no podía completar el análisis no porque el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no hubiera formulado constataciones definitivas sobre la base de cada pesquería, sino porque el Grupo Especial no había realizado una evaluación del *riesgo global* de daños a los delfines.

10. Por último, México se equivoca al afirmar que la evaluación realizada por los Grupos Especiales no reflejó los perfiles de riesgo de los métodos de pesca "en diferentes zonas del océano", sino que reflejó un "promedio" del perfil de riesgo de los métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines en todas las zonas del océano. De hecho, los Grupos Especiales consideraron y evaluaron el nivel de daños observables y no observables para los delfines en cada pesquería respecto de la que obraban en el expediente datos con valor probatorio.

b. La alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al utilizar un "único punto de referencia" en el análisis de la adaptación debería rechazarse

11. Las alegaciones de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al analizar si las distinciones reglamentarias se adaptan comparando los riesgos de daño para los delfines derivados de los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO con los riesgos de daño para los delfines derivados de otros métodos de pesca utilizados en distintas zonas del océano fracasan.

12. En primer lugar, México se equivoca al aducir que el enfoque de los Grupos Especiales "anula el análisis de la adaptación". De hecho, el Órgano de Apelación de manera explícita -y reiterada- pidió a los Grupos Especiales que llevaran a cabo *precisamente este análisis*. Concretamente, el Órgano de Apelación afirmó que la comparación se realiza entre "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". Además, ninguna de las explicaciones de México respecto de la razón por la que el análisis de los Grupos Especiales "anula el análisis de la adaptación" tiene fundamento alguno. En particular, la cuestión crucial es si las respectivas prescripciones reglamentarias que se aplican a *todos los grupos pertinentes* de productos -esto es, los productos de atún producidos a partir de lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los productos de atún producidos a partir de otros métodos de pesca en distintas partes del océano- abordan los respectivos riesgos para los delfines. No es correcto que el análisis que llevaron a cabo los Grupos Especiales exija un resultado determinado para el producto de atún producido a partir de lances sobre delfines en el PTO.

13. En segundo lugar, México se equivoca al alegar que los Grupos Especiales "erróneamente redujeron los criterios del perfil de riesgo" en su evaluación del perfil de riesgo al analizar los "tipos de daño" causados por los lances sobre delfines. La afirmación de México de que la manera en que los Grupos Especiales agruparon los tipos de daño causados por los métodos de pesca los llevó a "hacer caso omiso" de los supuestos efectos de la "pesca fantasma" debida a las redes agalleras y las artes de palangre es incorrecta. De hecho, los Grupos Especiales constataron que las pruebas de México sobre los riesgos de "pesca fantasma" "[eran] pertinentes para [su] evaluación del perfil de riesgo de la pesca con redes agalleras" pero no coincidieron con México en cuanto a lo que esas pruebas demostraban.

c. La alegación de México de que los Grupos Especiales se basaron en factores de riesgo deficientes o incompletos debería rechazarse

14. México apela respecto de los párrafos en que los Grupos Especiales: 1) aceptaron que era adecuado adoptar un método por lance para comparar los daños de las diferentes pesquerías; 2) rechazaron el criterio cuantitativo EBP propuesto por México; 3) rechazaron el criterio cuantitativo de los "niveles absolutos de efectos perjudiciales" propuesto por México; y 4) rechazaron el argumento de México de que la "fiabilidad" de otros sistemas de certificación y seguimiento aplicables es un elemento del "perfil de riesgo de las distintas pesquerías".

i. La alegación de México relativa al método por lance debería rechazarse y no se plantea debidamente como una apelación jurídica

15. En primer lugar, el argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al "utilizar un método por lance" para evaluar los perfiles de riesgo al tiempo que "pasaron por alto los puntos débiles" de ese enfoque es incorrecto. Con respecto a la evaluación de la Prueba documental US-179 Rev. hecha por los Grupos Especiales, México no identifica tan siquiera una crítica que los Grupos Especiales "pasaran por alto". De hecho, México admite que "los Grupos Especiales rechazaron todos los argumentos de México y constataron que cada aspecto del cuadro de los Estados Unidos era fiable". México tampoco demuestra que los Grupos Especiales "pasaran por alto" su argumento relativo a la comparación de datos por lance entre pesquerías ni que ese argumento estableciera un "punto débil" del enfoque por lance. Como reconoce México, los Grupos Especiales abordaron (y rechazaron) en su totalidad su argumento. En segundo lugar, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales "en gran medida prescindieron" de una medición por lance al evaluar el perfil de riesgo de la pesca de arrastre y con redes agalleras en distintas zonas del océano. Los Grupos Especiales examinaron minuciosamente la pesca de arrastre y con redes agalleras y se basaron en los datos -tanto por lance como generales- que consideraron tenían valor probatorio. En tercer lugar, esta impugnación concierne a la apreciación de los hechos por los Grupos Especiales y México incurre en error al eludir la norma del artículo 11 del ESD alegando, sin fundamento, que los errores son jurídicos.

ii. Los Grupos Especiales obraron correctamente al no utilizar la EBP para evaluar los perfiles de riesgo

16. México apela respecto del párrafo 7.473 de los informes, aduciendo que los Grupos Especiales incurrieron en error al "rechazar el empleo de la EBP al evaluar los perfiles de riesgo" de distintos métodos de pesca y pesquerías.

17. El primer argumento de México -que la conclusión de los Grupos Especiales con respecto a la aplicabilidad de la EBP es incompatible con informes anteriores- carece de fundamento. Basarse en un criterio cuantitativo EBP no es compatible con abordar los "niveles globales de riesgos relativos" para los *delfines* en distintas pesquerías, porque se centra en el efecto que la mortalidad de delfines tiene en una población de delfines, no en la "probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún". Un enfoque basado en la EBP no es compatible con el objetivo de la medida de 2016 y ni "se compadece fácilmente con [su] diseño y estructura". El enfoque de los Grupos Especiales es compatible con el seguido por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, que explicó que la indagación fundamental era la de si las distinciones de la medida se "adaptan en función de la *probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales* en el curso de operaciones de pesca de atún". La alegación de México de que el razonamiento de los Grupos Especiales es incompatible con el análisis del Grupo Especial inicial es incorrecta. Ninguno de los párrafos del informe del Órgano de Apelación citados por México respalda este argumento, y tampoco lo hacen los párrafos del informe del Grupo Especial inicial.

18. El segundo argumento de México -que no utilizar el método EBP fue "arbitrario" a la luz de los objetivos y la estructura de la medida de 2016 y que los Grupos Especiales no explicaron su enfoque- también carece de fundamento. En primer lugar, contrariamente al argumento de México, los Grupos Especiales explicaron por qué el efecto de las muertes en una población de delfines es distinto de los "efectos perjudiciales en los delfines". En segundo lugar, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales no explicaron por qué decidieron no utilizar un criterio cuantitativo EBP en las pesquerías de palangre de Hawái y del Atlántico. La explicación de

los Grupos Especiales de que, cuando la EBP de una población concreta es muy baja, la relación entre las muertes observables y la EBP "no es necesariamente indicativa" del nivel de mortalidad de delfines, se refirió específicamente a estas pesquerías (ambas con niveles muy bajos de mortalidad observable de delfines). En tercer lugar, México se equivoca al decir que los Grupos Especiales no explicaron la relación entre abstenerse de adoptar un enfoque basado en la EBP y los objetivos y la estructura de la medida.

19. El tercer argumento de México -que los Grupos Especiales incurrieron en error al "caracterizar" los objetivos de la medida de 2016 de una manera que queda "contradicha" por la propia medida- es erróneo. México formula este argumento pese a no haber optado por apelar respecto del contenido de la constatación de los Grupos Especiales de que la medida se refiere a los riesgos a que se enfrentan los delfines "a nivel individual, más que a nivel de las poblaciones". Como México no ha planteado esa alegación en apelación, no hay fundamento para que el Órgano de Apelación reconsidere esta constatación de los Grupos Especiales. Además, el aspecto de la medida que plantea México no obra en menoscabo de la constatación de los Grupos Especiales.

iii. Los Grupos Especiales obraron correctamente al no utilizar los "efectos absolutos" para evaluar los perfiles de riesgo

20. En la sección V.C.1.c 3), México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al rechazar el argumento de que, si los Grupos Especiales no utilizaban un método EBP, debían utilizar los "niveles absolutos de efectos perjudiciales". Este argumento de México debería ser rechazado. El Órgano de Apelación ha aclarado que, en esta diferencia, la evaluación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 exige una "evaluación de los *niveles globales de riesgos relativos* atribuibles a diferentes pesquerías, incluso con respecto a los daños tanto observables como no observables". Por consiguiente, el análisis 1) debe evaluar "los daños observables y no observables" (*es decir*, los daños "globales") y 2) debe ser "relativo" en cuanto a los riesgos de distintas pesquerías. El criterio cuantitativo de los efectos absolutos propuesto por México no es ni global ni relativo. En primer lugar, considera solo los daños observables y es por tanto incompatible con una evaluación "global" del riesgo. En segundo lugar, es incompatible con una evaluación "relativa" -y una evaluación de la "probabilidad" de daños en diferentes pesquerías- porque *no* "contextualiza" los efectos perjudiciales para los delfines en distintas pesquerías sobre la base de las distintas magnitudes y niveles de esfuerzo de las pesquerías.

iv. Los Grupos Especiales obraron correctamente al no utilizar las supuestas diferencias en cuanto a la exactitud para evaluar los perfiles de riesgo

21. En la sección V.C.1.c 4), México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al "rechazar los riesgos creados en determinadas zonas del océano por una supervisión reglamentaria insuficiente". El argumento de México de que la propia "supervisión reglamentaria insuficiente" *causa* un mayor riesgo de daño para los delfines y por lo tanto debe incluirse en los perfiles de riesgo de las pesquerías ha sido abordado más arriba. El argumento de México de que la "supervisión reglamentaria insuficiente" debe incluirse en los perfiles de riesgo porque puede afectar a la fiabilidad de las declaraciones de daños a delfines fue examinado y rechazado en su totalidad por los Grupos Especiales. Como explicaron, el riesgo de inexactitud en la certificación o el seguimiento "no son riesgos que afecten a los delfines propiamente dichos" y en consecuencia no forman parte del "perfil de riesgo" para los delfines de la pesca de atún en distintas pesquerías, descrito por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento. Más bien, el riesgo de inexactitud en la certificación o el seguimiento puede ser pertinente para evaluar si las distinciones de la medida de 2016 se adaptan en función de los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías.

2. Los Grupos Especiales constataron correctamente que los criterios de admisibilidad, considerados en su contexto como parte de la medida en su totalidad, se adaptan

22. En la sección V.C.2.a, México apela respecto de los párrafos 7.538 a 7.547, en los que se expone el análisis jurídico y la constatación de los Grupos Especiales de que los criterios de admisibilidad se adaptan en función de los riesgos para los delfines que plantean "distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano". Todos los argumentos de México carecen de fundamento.

a. El argumento de México de que la evaluación de los Grupos Especiales fue incompleta debería rechazarse

23. México alega que la evaluación acerca de si los criterios de admisibilidad se adaptan realizada por los Grupos Especiales fue "incompleta y se limitó a justificar la inadmisibilidad del método consistente en efectuar lances sobre delfines conforme con el APICD". Sin embargo, está claro que el análisis y la conclusión de los Grupos Especiales *no* se limitaron a la inadmisibilidad de los lances sobre delfines, sino que también abarcaron la admisibilidad condicional del atún capturado mediante los demás métodos de pesca. En primer lugar, el modo en que los Grupos Especiales articularon su análisis en la sección 7.8.2 demuestra que estaban evaluando todos los componentes de los criterios de admisibilidad. En segundo lugar, el cuerpo del análisis de los Grupos Especiales también deja esto claro: los Grupos Especiales continuamente insistieron en que era *la comparación* entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca la que permitía que los criterios de admisibilidad se adaptaran en función del riesgo. En tercer lugar, el análisis y las descripciones subsiguientes de los Grupos Especiales en la sección 7.8.2 confirman que su análisis y sus conclusiones en esa sección abarcaban los aspectos tanto prohibitivos como permisivos de los criterios de admisibilidad.

b. El argumento de México de que los Grupos Especiales no evaluaron los perfiles de riesgo de distintas zonas del océano debería rechazarse

24. México alega que, en sus análisis de si los criterios de admisibilidad se adaptan, los Grupos Especiales "no evaluaron los perfiles de riesgo de distintas zonas del océano". El argumento de México de que unos criterios de admisibilidad que se adapten debidamente *no pueden* distinguir sobre la base del método de pesca simplemente reitera argumentos formulados con anterioridad en su comunicación y abordados más arriba. El segundo argumento de México -que las conclusiones de los Grupos Especiales sobre los criterios de admisibilidad no reflejaron sus constataciones sobre el perfil de riesgo de pesquerías individuales distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, y fueron de hecho incompatibles con dichas constataciones- es igualmente incorrecto.

25. El argumento de México de que los Grupos Especiales mencionaron una selección "incompleta" de pesquerías en su análisis de los criterios de admisibilidad está fuera de lugar, porque el análisis de los perfiles de riesgo realizado por los Grupos Especiales en la sección 7.8.2 se basó en las anteriores constataciones y conclusiones fácticas que habían formulado en la sección 7.7.2. Los Grupos Especiales así lo indicaron expresamente al comienzo de la sección 7.8.2. Además, las tres "conclusiones" fácticas anteriores en que se basó la constatación de los Grupos Especiales de que los criterios de admisibilidad se adaptaban son conclusiones que los Grupos Especiales extrajeron en la sección 7.7.2 basándose en su exhaustivo examen del expediente fáctico. Por lo tanto, el argumento de México de que los Grupos Especiales pasaron por alto determinadas "constataciones" o "zonas del océano" en la sección 7.8.2 es incorrecto. En la sección 7.8.2, los Grupos Especiales resumieron las constataciones fundamentales de la sección 7.7.2 y ofrecieron determinados "ejemplo[s]" de hechos pertinentes, pero no intentaron -ni necesitaron- hacer referencia a cada prueba documental o pesquería del expediente en la que indirectamente se basaban sus conclusiones, sino que, como explicaron, se basaron en las "conclusiones" de su anterior análisis, que *estaba* basado en todas las pruebas pertinentes obrantes en el expediente. (Además, México hace afirmaciones incorrectas en relación con varias de las "constataciones" y "pruebas" que, según alega, los Grupos Especiales "pasaron por alto".)

c. El argumento de México de que la evaluación de los Grupos Especiales omitió factores pertinentes debería rechazarse

26. México aduce que el análisis de los Grupos Especiales sobre la cuestión de si los criterios de admisibilidad se adaptan es erróneo porque los Grupos Especiales "no incluyeron factores pertinentes en los perfiles de riesgo de los métodos de pesca y las zonas del océano". Los argumentos reiteran, sin añadir nada, argumentos planteados por México en otras secciones de su comunicación del apelante que se abordan más arriba. Por tanto, el argumento de México de que el análisis de los criterios de admisibilidad realizado por los Grupos Especiales es incompleto y equivocado debería rechazarse.

3. Los Grupos Especiales constataron correctamente que las prescripciones en materia de certificación, consideradas en su contexto como parte de la medida en su totalidad, se adaptan

27. En la sección V.C.2.b, México apela respecto de los párrafos 7.571, 7.572 y 7.603, 7.607-7.608, y 7.609 y 7.710 de los informes. Estos párrafos pertenecen a la sección 7.8.3, en la que los Grupos Especiales constataron que las prescripciones en materia de certificación de la medida de 2016 se "adaptan a los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano". Todos los argumentos de México deberían rechazarse.

a. El argumento de México de que los Grupos Especiales se basaron erróneamente en su evaluación de los perfiles de riesgo debería rechazarse

28. México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse, en su análisis de las prescripciones en materia de certificación, en su "evaluación errónea" de los "perfiles de riesgo comparativos de los diferentes métodos de pesca". Este argumento se basa por completo en argumentos que han sido abordados más arriba.

b. El argumento de México de que los Grupos Especiales no realizaron un análisis adecuado de zonas del océano debería rechazarse

29. México aduce que los Grupos Especiales no analizaron "los perfiles de riesgo de zonas del océano" y, concretamente, "no compararon la zona del océano PTO con otras zonas del océano". Todos los argumentos de México deberían rechazarse.

30. México se equivoca al afirmar que el análisis del perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otras pesquerías realizado por los Grupos Especiales se basó en promedios globales correspondientes a distintos métodos de pesca y no en un examen de pesquerías individuales. En la sección 7.7.2, los Grupos Especiales examinaron minuciosamente todas las pruebas obrantes en el expediente relativas a los siete métodos de pesca de atún, incluidas todas las pruebas relativas a determinadas pesquerías, y extrajeron conclusiones acerca del perfil de riesgo de cada uno de los métodos de pesca de atún utilizados en todas y cada una de las zonas del océano sobre las que había pruebas en el expediente. Concluyeron que los lances sobre delfines en el PTO tenían un perfil de riesgo mucho más elevado que los demás métodos de pesca de atún empleados dentro y fuera del PTO. Estas constataciones fácticas formuladas en la sección 7.7.2 sobre el perfil de riesgo de los diferentes métodos de pesca en las zonas del océano sobre las que se disponía de pruebas fueron la base para el análisis de las prescripciones en materia de certificación realizado en la sección 7.8.3.

31. Los tres argumentos concretos que formuló México son también incorrectos. En primer lugar, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales no analizaron correctamente el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO porque no tuvieron en cuenta buques que pueden no efectuar lances sobre delfines. Los Grupos Especiales abordaron explícitamente este hecho y explicaron que, si bien no todos los grandes buques de cerco del PTO "efectúan realmente lances sobre delfines", lo que confiere a la pesquería su "perfil especial de riesgo" es el hecho de que solo en esa pesquería existe una "posibilidad ... técnica [y] jurídica de efectuar lances sobre delfines" y solo en ella los lances sobre delfines "se producen de una forma constante y sistemática". Ninguna de las afirmaciones de México socava esta constatación. En segundo lugar, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales no "consideraron" si "se debían asignar perfiles de riesgo diferentes ... a determinadas pesquerías no situadas en el PTO" y que determinadas pesquerías fueron clasificadas como "de bajo riesgo" sobre la base de pruebas relativas a otras pesquerías que utilizan el mismo tipo de artes. Los Grupos Especiales efectivamente analizaron si "determinadas" pesquerías no debían clasificarse como "de bajo riesgo" en la sección 7.7.2 y al evaluar las disposiciones relativas a las determinaciones, y constataron que las únicas pesquerías de alto riesgo que, según las pruebas del expediente, existían hoy en día eran las pesquerías de redes agalleras del océano Índico. En tercer lugar, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales incurrieron en error al no abordar las prescripciones en materia de certificación por observadores impuestas a las siete pesquerías nacionales de los Estados Unidos.

c. El argumento de México de que el razonamiento de los Grupos Especiales relativo a los márgenes de error constituyó un error jurídico debería rechazarse

32. México alega que los Grupos Especiales aplicaron un criterio jurídico equivocado al evaluar las prescripciones en materia de certificación y que ello los llevó a constatar erróneamente que la medida puede adaptarse "cuando permite márgenes de error más elevados para las certificaciones en todas las zonas del océano distintas del PTO". Este argumento es redundante respecto de los formulados en anteriores secciones de la comunicación de México y abordados más arriba.

d. El argumento de México sobre el análisis y las conclusiones de los Grupos Especiales acerca de las disposiciones relativas a las determinaciones debería rechazarse

33. México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que "las disposiciones relativas a las determinaciones contribuyen a la adaptación" de las prescripciones en materia de certificación. El argumento de México es erróneo.

34. En primer lugar, los Grupos Especiales no dejaron de tener en cuenta que las disposiciones relativas a las determinaciones no están basadas en ninguna de las tres variables que México plantea. Antes bien, los Grupos Especiales ya habían constatado que ninguna de esas variables era una base adecuada para evaluar si la medida, incluidas las prescripciones en materia de certificación, se adapta en función del perfil de riesgo para los delfines de la pesca de atún con diferentes métodos de pesca en diferentes zonas del océano. México no formula argumentos adicionales sobre por qué las disposiciones relativas a las determinaciones deberían basarse en alguna de esas variables.

35. En segundo lugar, no hubo "incoherencia" entre el análisis de las disposiciones relativas a las determinaciones realizado por los Grupos Especiales y el hecho de que en otras partes de sus informes se basaran en el nivel de mortalidad observada de delfines correspondiente a 2009-2015. Los Grupos Especiales se basaron en la cifra de 2009-2015 en el marco de su evaluación del perfil de riesgo de los lances sobre delfines en el PTO. Sin embargo, como señalaron los Grupos Especiales, ese nivel de mortalidad de delfines refleja los descensos en las muertes observadas que se han producido desde que las prescripciones del Acuerdo de la Jolla y el APICD incorporadas en la medida de los Estados Unidos entraron en vigor. En consecuencia, para empezar, no representa el nivel de mortalidad "habitual e importante" de delfines que justificaría la imposición de prescripciones adicionales. No obstante, al fijar un punto de referencia más bajo la medida adopta un enfoque más protector de los delfines respecto de las pesquerías que no están actualmente designadas con arreglo a las disposiciones relativas a las determinaciones. Además, aun cuando el punto de referencia se hubiera fijado al nivel de 2009-2015, la aplicación de la medida no habría cambiado.

36. Por último, la afirmación de México de que, con arreglo al enfoque de los Grupos Especiales, se "da por supuesto" que cualquier pesquería situada por debajo del umbral de mortalidad o heridas graves "habituales e importantes" de delfines no representa riesgo alguno o representa un riesgo *de minimis* para los delfines es incorrecta. Los Grupos Especiales reconocieron expresamente que esas pesquerías pueden plantear algún riesgo de daño para los delfines, pero constataron que las prescripciones en materia de certificación de la medida de 2016 "abordan" esos riesgos para los delfines "de una forma que se adapta, se adecua y es proporcionada a los perfiles de riesgo de esas pesquerías". Esa conclusión es correcta.

4. Los Grupos Especiales constataron correctamente que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, consideradas en su contexto como parte de la medida en su totalidad, se adaptan

37. Los Estados Unidos han abordado más arriba: 1) el argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en su anterior "evaluación errónea de los perfiles de riesgo"; 2) el argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al no incluir en su evaluación de los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías criterios "relativos a la exactitud de la etiqueta", entre ellos la "suficiencia de la supervisión reglamentaria, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca INDNR y la existencia de transbordo"; y 3) el argumento de México de que el "razonamiento [seguido por los Grupos Especiales] con respecto a las

disposiciones relativas a las determinaciones reitera los mismos errores analizados más arriba en relación con el recurso de los Grupos Especiales a dichas disposiciones para respaldar las prescripciones en materia de certificación".

a. La alegación de México de que los Grupos Especiales aplicaron un análisis incorrecto para concluir que las diferencias entre los regímenes del APICD y de la NOAA se han reducido debería rechazarse

38. El argumento de México de que el análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación realizado por los Grupos Especiales constituye un error jurídico porque, si bien "dijeron que aplicarían el mismo marco analítico que se había aplicado en el primer procedimiento sobre el cumplimiento", "no examinaron todos los factores pertinentes" fracasa.

i. La alegación de México aborda la apreciación de las pruebas por los Grupos Especiales

39. Todos los argumentos formulados por México en la sección V.C.2.c 4) parecen dirigidos a la apreciación de los hechos y las pruebas por los Grupos Especiales. Los principales argumentos de México son que los Grupos Especiales hicieron caso omiso de la supuesta "falta de pruebas" en relación con determinados aspectos, hicieron caso omiso de las pruebas sobre el transbordo, y sopesaron las pruebas relativas a determinadas leyes y reglamentos de los Estados Unidos de manera diferente a como lo hizo el primer Grupo especial sobre el cumplimiento. Todos estos argumentos abordan la cuestión de si los Grupos Especiales hicieron una evaluación objetiva de los hechos por lo que respecta al alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental del régimen de la NOAA, y tienen por objeto socavar la constatación de que las "diferencias entre los regímenes del APICD y la NOAA 'se han reducido considerablemente'". Habida cuenta de lo anterior, el argumento de México debería rechazarse.

ii. México no identifica ningún error jurídico

40. En la medida en que México haya planteado una apelación jurídica, el argumento parece ser que los "factores" que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró y las conclusiones que extrajo eran una imposición jurídica del párrafo 1 del artículo 2, de modo que no había otra manera de que los Grupos Especiales llevaran a cabo un análisis correcto de si las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son compatibles con esa disposición. Este argumento es erróneo y debería ser rechazado.

41. El análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación realizado por el primer Grupo especial sobre el cumplimiento en el marco del párrafo 1 del artículo 2 se centró en comparar las diferencias entre las "cargas" relativas impuestas por los regímenes de seguimiento y verificación de la NOAA y del APICD. Por tanto, cualesquiera diferencias entre los regímenes -con independencia de si contribuían a su capacidad para separar y seguir el atún *dolphin safe*- fueron pertinentes para el análisis del Grupo Especial si hacían que uno fuera más gravoso que el otro. El análisis del Grupo Especial fue revocado por el Órgano de Apelación por esa misma razón. Como explicó el Órgano de Apelación, el análisis del Grupo Especial fue incorrecto porque se centró en identificar y analizar la diferencia por lo que respecta a la "carga" entre los regímenes de seguimiento y verificación del APICD y de la NOAA, más que en si la medida, incluidas las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, "se adapta[ba] en función de los riesgos para los delfines derivados de métodos de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos". Naturalmente, una vez que los Grupos Especiales en el presente procedimiento adoptaron el análisis jurídico correcto, los factores pertinentes para el análisis cambiaron algo, y los Grupos Especiales no incurrieron en error al evaluar algunos factores de manera diferente, ya que lo hacían como parte de pruebas jurídicas distintas.

iii. Los Grupos Especiales evaluaron adecuadamente los hechos

42. Por último, independientemente de cómo se planteó la alegación de México, ninguno de los argumentos formulados por México en relación con la apreciación por los Grupos Especiales de los hechos y las pruebas obrantes en el expediente tiene fundamento.

43. Por lo que respecta al alcance de los regímenes del APICD y de la NOAA, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales "no formularon observaciones" sobre las pruebas de los Estados Unidos relativas a la "práctica real de las empresas de transformación". De hecho, los Grupos Especiales abordaron explícitamente la constatación formulada en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento relativa a la rastreabilidad hasta la bodega. En respuesta a "explicaciones adicionales" de los Estados Unidos, los Grupos Especiales aclararon la constatación del anterior Grupo Especial sobre el cumplimiento relativa a la rastreabilidad hasta la bodega en el marco del régimen del APICD. De hecho, como constataron los Grupos Especiales, con arreglo al régimen del APICD, si bien el atún se "*puede*" rastrear en sentido inverso hasta la bodega en que fue almacenado, lo que exige el APICD es que sea rastreado en sentido inverso desde la expedición del buque hasta el grupo de bodegas *dolphin safe* (posiblemente todas las bodegas del buque). Con arreglo al régimen de la NOAA, modificado por la norma definitiva preliminar de 2016, lo que se exige es lo mismo: el atún *dolphin safe* debe ser rastreable hasta el "buque que efectuó la captura" y hasta el grupo de lugares de almacenamiento en que el atún *dolphin safe* fue almacenado (posiblemente todo el buque). Por tanto, "ya no hay ninguna diferencia importante" entre los regímenes a este respecto. En consecuencia, es apropiado que los Grupos Especiales "no formular[a]n observaciones" acerca de si las pruebas documentales presentadas por los Estados Unidos (incluida la Prueba documental US-177, que había sido la Prueba documental US-192 en el primer procedimiento sobre el cumplimiento) demostraban que las empresas de transformación estadounidenses necesariamente siguen el atún hasta la bodega en que fue almacenado.

44. Por lo que respecta a la exactitud de los regímenes del APICD y de la NOAA, México se equivoca al afirmar que los Grupos Especiales "no dijeron nada" sobre la "falta de pruebas de que las empresas de transformación y los importadores pudieran realmente proporcionar documentación de seguimiento fiable" ni sobre el "problema de los múltiples intermediarios" antes de que el atún llegue a la empresa de transformación. Los Grupos Especiales en esta diferencia tomaron nota de las constataciones del anterior Grupo Especial y explicaron que la norma definitiva preliminar de 2016 imponía una nueva prescripción con arreglo a la cual todas las empresas de transformación y los importadores estadounidenses debían "recopilar y conservar ... información sobre cada punto de la cadena de custodia" y esta información debía ser "suficiente para ... rastrear en sentido inverso cualquier producto comercializado como *dolphin safe* para verificar que el producto de atún cumple realmente las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe*". Por lo tanto, la constatación de los Grupos Especiales sobre la prescripción jurídica adicional impuesta por la norma definitiva preliminar de 2016 abarca tanto la compleción de la documentación relativa a la cadena de custodia como la veracidad de su contenido, y abarca a todos los intermediarios pertinentes, tanto antes de que el atún llegue a la fábrica de conservas como después. En consecuencia, abarca todas las declaraciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento citadas por México.

45. Por último, en lo que respecta a la supervisión gubernamental, México se equivoca al decir que los Grupos Especiales "no abordaron las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la falta de pruebas de que las empresas de transformación y los importadores pudieran realmente seguir el atún en sentido inverso hasta la bodega en la que había sido almacenado o asegurar que los certificados se correspondían con lotes de atún concretos". Los Grupos Especiales constataron que la situación era diferente a la del anterior procedimiento porque ahora *existe* una prescripción jurídica con arreglo a la cual las fábricas de conservas y los importadores deben "verificar" la compleción y la corrección de la documentación relativa a la cadena de custodia y la certificación del capitán. Por consiguiente, ya no hay "diferencias" entre los regímenes de la NOAA y del APICD en cuanto a la documentación relativa a la cadena de custodia a la que la NOAA y las "autoridades nacionales y regionales" del APICD, respectivamente, deben tener acceso. Habida cuenta de la simetría de las prescripciones jurídicas y de la constatación de los Grupos Especiales de que ambas tienen sentido y son exigibles, no era necesario que estos compararan las pruebas relativas a la aplicación de las prescripciones, como hizo el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento tras constatar que en 2013 el régimen de la NOAA no exigía documentación relativa a la cadena de custodia que fuera completa y exacta.

46. Por último, el argumento de México relativo a la evaluación de la "legislación coercitiva y sancionadora" realizada por los Grupos Especiales también es infundado. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había concluido que no había ninguna prescripción jurídica pertinente que obligara a recopilar y verificar la documentación relativa a la cadena de custodia. En este procedimiento, en cambio, los Grupos Especiales constataron que esa prescripción existe. En consecuencia, la existencia de sanciones civiles y penales para el caso de que, por ejemplo, se

incumplan las prescripciones jurídicas de la normativa en materia de etiquetado *dolphin safe* o se presenten documentos falsos al Gobierno de los Estados Unidos tiene una pertinencia jurídica completamente distinta en este procedimiento.

b. Los Grupos Especiales actuaron de manera compatible con el artículo 11 en su trato de la Prueba documental MEX-127

47. El argumento de México de que los Grupos Especiales actuaron de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no abarcar la Prueba documental MEX-127 en su análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación porque esta prueba documental demuestra que "la rama de producción de atún ... actualmente no está en condiciones de ofrecer la verificación de la captura hasta el buque en cuestión y a lo largo de toda la cadena de suministro" es incorrecto.

48. En primer lugar, debidamente interpretada, la Prueba documental MEX-127 no socava las constataciones de los Grupos Especiales. México da por supuesto que la Prueba documental MEX-127 hace referencia a la "verificación" exigida en virtud de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida, pero, de hecho, la prueba documental se refiere a un tipo de "verificación" totalmente distinto. Por tanto, la afirmación de que los sistemas de las empresas de transformación no están en condiciones de ofrecer la "verificación de la captura hasta el buque en cuestión y a lo largo de toda la cadena de suministro" no indica que las empresas de transformación no cumplan las prescripciones de los regímenes del APICD o de la NOAA.

49. En segundo lugar, el argumento de México constituye un intento indebido de replantear como una alegación al amparo del artículo 11 del ESD un argumento que México había formulado ante los Grupos Especiales y que estos rechazaron. De hecho, los argumentos que México presenta son idénticos a los que presentó ante los Grupos Especiales en sus observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 46. Los Grupos Especiales rechazaron la interpretación de la Prueba documental MEX-127 hecha por México cuando explicaron que "no [era] directamente pertinente para [su] indagación".

50. En tercer lugar, aun cuando la interpretación de la Prueba documental MEX-127 hecha por México fuera correcta, no socavaría la constatación de los Grupos Especiales de que las diferencias entre los regímenes se habían "reducido", porque México no habría identificado ningún error que socave las constataciones que llevaron a esa conclusión, y menos aún que socave la objetividad de la evaluación de los hechos realizada por los Grupos Especiales. Los argumentos de México acerca de la Prueba documental MEX-127 conciernen a un argumento que México formuló y los Grupos Especiales no aceptaron ni utilizaron como base para su análisis. No restan validez a los fundamentos fácticos de la constatación de los Grupos Especiales que figuran en las pruebas obrantes en el expediente ni introducen nuevas pruebas que "contradigan" esos fundamentos. Por tanto, los argumentos de México relativos a la Prueba documental MEX-127, aun cuando reflejaran la interpretación correcta de dicha prueba, no socavarían la exactitud -y menos aún la objetividad- de la determinación efectuada por los Grupos Especiales de que las diferencias entre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación aplicables al atún capturado fuera y dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se han reducido.

5. Los Grupos Especiales constataron correctamente que la medida se adapta

51. En la sección 7.8.6 de los informes, los Grupos Especiales analizaron si la medida de 2016, en su totalidad, se "adapta[ba] en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano". México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al formular esa constatación porque sus constataciones intermedias relativas a los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación "fueron el único fundamento de esta evaluación" y, en consecuencia, los supuestos errores que México ha identificado en esas evaluaciones "se transmitieron" a la evaluación de la medida en su totalidad realizada por los Grupos Especiales.

52. Como ha quedado de manifiesto en las secciones precedentes, las conclusiones intermedias de los Grupos Especiales relativas a los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de

certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación fueron correctas y no fueron erróneas. Además, no fueron el "único fundamento" de la evaluación de los Grupos Especiales. Contrariamente a lo que indica México, los Grupos Especiales no se limitaron a remitirse a sus conclusiones intermedias anteriores. Antes bien, los Grupos Especiales explicaron el modo en que los componentes de la medida "actúan conjuntamente" para "lograr los objetivos de la medida sobre el atún de 2016". En particular, los Grupos Especiales constataron que las prescripciones en materia de certificación (incluidas las disposiciones relativas a las determinaciones) efectivamente "actúan ... conjuntamente con los criterios de admisibilidad y los refuerzan" y de este modo permiten a los consumidores estadounidenses "saber si el atún utilizado en la producción de productos de atún se obtuvo con métodos de pesca que perjudicaron a los delfines", y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación "refuerzan" los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y "actúan conjuntamente" con ellos controlando "cómo el atún capturado mediante distintos métodos de pesca se almacena a bordo de los buques de pesca, se descarga y se entrega a las fábricas de conservas". Por último, las determinaciones aportan la "flexibilidad necesaria" para que la medida asegure que se impongan las mismas prescripciones en las situaciones que sean "similares" en cuanto al riesgo para los delfines.

II. LA APELACIÓN DE MÉXICO RELATIVA AL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994 DEBERÍA RECHAZARSE

53. México apela la constatación de los Grupos Especiales de que la medida de 2016 "no se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable, y por lo tanto está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994". Los argumentos de México deberían rechazarse.

54. En primer lugar, los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse en las constataciones que habían formulado en el marco del párrafo 1 del artículo 2.

55. El análisis en el marco del artículo XX realizado por los Grupos Especiales es totalmente compatible con el análisis de dicho artículo realizado por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento. El Órgano de Apelación confirmó que el análisis de si la medida de etiquetado *dolphin safe* se adapta en función de los riesgos que plantea para los delfines la pesca de atún es tan importante para el análisis de la "discriminación arbitrari[a] e injustificable" en el marco de la parte introductoria del artículo XX como para la evaluación de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Explicó: "En las circunstancias de la presente diferencia", una "eval[uación] [de] 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" es "pertinente para un análisis de existencia de discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX".

56. Además, contrariamente a los argumentos de México, el análisis del párrafo 1 del artículo 2 realizado por los Grupos Especiales *efectivamente* abarcó una evaluación de si las distinciones reglamentarias de la medida de 2016 están racionalmente relacionadas con sus objetivos. Ello se debe a que el vínculo pertinente entre las distinciones de la medida y sus objetivos es inherente a la evaluación de si la medida se adapta en función de los riesgos que representan para los delfines distintos métodos de pesca de atún en distintas zonas del océano. Como explicaron los Grupos Especiales, los objetivos de la medida informan tanto "la forma [como] el contenido de la prueba de adaptación" y su aplicación. Por lo tanto, la "prueba de conexión racional" no existe como una etapa jurídica separada o como una "restricción" del análisis de la adaptación, sino que se evalúa mediante el propio análisis de la adaptación. El análisis de los Grupos Especiales está respaldado por los informes del Órgano de Apelación en anteriores procedimientos.

57. En segundo lugar, el argumento de México relativo al asunto *Estados Unidos - Camarones* carece de fundamento y debería rechazarse. Los hechos y conclusiones de *Estados Unidos - Camarones* no son aplicables a la presente diferencia. En contraste con la medida en cuestión en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, la medida de 2016 no ordena a la NOAA que celebre negociaciones para tratar de lograr los objetivos de la medida mediante un acuerdo internacional, y los Estados Unidos no celebraron negociaciones con algunos Miembros pero no con otros. Asimismo, México se equivoca al decir que los Estados Unidos "nunca expresaron sus preocupaciones" en relación con los daños no observables causados por lances sobre delfines en

los foros de la CIAT. De hecho, los daños no observables causados por los lances sobre delfines son uno de los temas que han centrado la participación de los Estados Unidos en el APICD desde el principio. En efecto, existe un Consejo Científico Asesor APICD/CIAT que estudia y examina los daños no observables causados por los lances sobre delfines, en cuyas actividades los Estados Unidos desempeñan un papel decisivo y en el que gran parte de los trabajos de investigación que se examinan proceden de estudios realizados por el NMFS.

III. CONCLUSIÓN

58. Los Estados Unidos solicitan respetuosamente a los Grupos Especiales que constaten que los Estados Unidos se han puesto en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD y que la medida de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos es ahora compatible con el Acuerdo OTC y el GATT de 1994.

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por Australia en calidad de tercero	33
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero	34
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero	35
Anexo C-4	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero	36

ANEXO C-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR AUSTRALIA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE¹**

1. La "imparcialidad" es un concepto que se utiliza para determinar si el efecto perjudicial de una medida en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, con miras a evaluar la compatibilidad de la medida con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.
2. Australia considera que una evaluación de la *legitimidad* de las distinciones reglamentarias que impone una medida debe hacerse a la luz de los *objetivos* de esa medida.
3. La "adaptación" es un medio de someter a prueba, en esta diferencia concreta, la imparcialidad de la medida sobre el atún de 2016 a fin de determinar si su efecto en las importaciones mexicanas se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.
4. En opinión de Australia, el análisis de la adaptación adoptado por el Grupo Especial, que evaluó si la medida se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, tiene en cuenta los objetivos de la medida. La afirmación de México de que el análisis del Grupo Especial no tuvo en cuenta el objetivo de garantizar que los consumidores dispongan de información exacta no reconoce que este objetivo formaba *parte del* objetivo de *proteger a los delfines*.
5. Dado que el análisis de la adaptación realizado por el Grupo Especial se basó en los objetivos de la medida, Australia considera que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del análisis necesario para determinar la legitimidad de las distinciones reglamentarias que impone la medida.

¹ Número total de palabras (en el original en inglés): 272.

ANEXO C-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL BRASIL
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE¹**

1. El Brasil aborda dos cuestiones principales en su comunicación: i) el alcance de la prueba de imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y los objetivos de la medida; y ii) el razonamiento en que se basan las constataciones de los Grupos Especiales relativas a los riesgos a que se enfrentan los delfines.
2. En primer lugar, al examinar la prueba de imparcialidad en la presente diferencia, el Órgano de Apelación debería guiarse por el nivel de efectos perjudiciales de la medida y no solo por los métodos de pesca, contrariamente a lo que hicieron los Grupos Especiales. La imparcialidad de la medida debe evaluarse sobre la base de las prescripciones en materia de resultados, y no en relación con una tecnología específica. Esto es particularmente importante en el caso de los países en desarrollo Miembros. A este respecto, los órganos jurisdiccionales de la OMC deben ser prudentes con las declaraciones que puedan dar a entender que los únicos métodos de pesca que no entrañan ningún daño para los delfines son los adoptados por países desarrollados con amplios medios para adquirir las tecnologías más novedosas (y costosas). La mera referencia a posibles consecuencias no observadas de distintos métodos de pesca no puede justificar un trato menos favorable.
3. En segundo lugar, habida cuenta de los conocimientos técnicos que se requieren para realizar una evaluación fundamentada de los riesgos para los delfines relacionados con los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, los Grupos Especiales podían haber solicitado la asistencia de expertos independientes de conformidad con el párrafo 2 del artículo 13 del ESD. Los Grupos Especiales optaron por no hacerlo y se basaron en las pruebas aportadas por las partes y en su propia comprensión limitada de la materia para formular sus constataciones.

¹ Número de palabras (en el original en inglés): 251.

ANEXO C-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE¹**

1. La apelación de México relativa a la interpretación se refiere a la función que corresponde al objetivo reglamentario en el análisis realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y, en particular, a la "conexión racional" existente entre el objetivo reglamentario y el efecto perjudicial, que debe tenerse en cuenta además de la prueba de "adaptación".
2. La Unión Europea considera que los grupos especiales no deben utilizar un objetivo reglamentario dado como punto de referencia para cuestionar cada detalle de una medida reglamentaria. Dos objetivos podrían considerarse complementarios, sin que se imponga al Miembro regulador la carga de mostrar que la medida es perfectamente coherente con dos objetivos distintos.
3. "Adaptación" no es un término recogido en los tratados, sino simplemente un concepto útil elaborado por la jurisprudencia. La adaptación no entraña un análisis cuantitativo preciso y los grupos especiales deben permitir cierto margen de error al realizar la evaluación de la imparcialidad.
4. La cuestión de si existe una relación racional entre el efecto perjudicial causado por la medida y su objetivo de política puede plantearse al aplicar el párrafo 1 del artículo 2. No se trata de una etapa adicional o distinta que deba seguirse en el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2.
5. La cuestión de si los Grupos Especiales tuvieron efectiva y debidamente en cuenta los objetivos reglamentarios de la medida al aplicar a los hechos su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 parece ser una cuestión relativa a la aplicación, y no a la interpretación, del párrafo 1 del artículo 2.
6. México considera que los Grupos Especiales no formularon constataciones sustantivas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 con respecto a la discriminación arbitraria o injustificada y que su evaluación de los requisitos de la parte introductoria fue erróneamente incompleta.
7. La Unión Europea señala que existen varias 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 los criterios jurídicos aplicables en el marco de ambas disposiciones difieren. No obstante, los dos análisis no están desvinculados y se benefician mutuamente.
8. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF desempeñan funciones similares. La parte introductoria del artículo XX es, en última instancia, una expresión del principio de buena fe, que también es aplicable con respecto al párrafo 1 del artículo 2.
9. Los Grupos Especiales no incurrieron en error en el análisis del concepto de "discriminación arbitrari[a] [e] injustificable" que figura en la parte introductoria del artículo XX al basarse en las conclusiones que habían alcanzado en el marco del párrafo 1 del artículo 2.

¹ Extensión total de la comunicación, excluido el resumen: 3.935. Extensión del resumen (en el original en inglés): 381.

ANEXO C-4**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL JAPÓN
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE¹**

1. El Órgano de Apelación ha aplicado una prueba de "imparcialidad" para determinar si el efecto perjudicial de un reglamento técnico en las importaciones se deriva de una distinción reglamentaria legítima, como medio para determinar si la medida da un trato no discriminatorio a las importaciones como exige el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Al aplicar la prueba de "imparcialidad", el Órgano de Apelación ha utilizado una "prueba de adaptación" como instrumento analítico. En opinión del Japón, la identificación y la evaluación del objetivo de política de la medida son un requisito previo para llevar a cabo una prueba de adaptación adecuada. Claramente, el Miembro que ha de proceder a la aplicación es el más indicado para exponer y explicar el objetivo de política y de qué manera las distinciones reglamentarias establecidas en una medida alcanzan este objetivo de política.

2. La "prueba de adaptación" debe evaluar si las distinciones reglamentarias se adecuan al nivel y a la naturaleza específicos del riesgo que existe en cada situación para la que existe una distinción reglamentaria. Así, las diferentes cargas reglamentarias que se imponen como consecuencia de las distinciones reglamentarias establecidas en la medida sobre el atún de 2016 deben ser proporcionales a las prescripciones necesarias para alcanzar el nivel de inocuidad para los delfines que los Estados Unidos tratan de alcanzar con la etiqueta "*dolphin-safe*".

3. El Japón considera que el examen realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es informativo para determinar si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Por lo tanto, la evaluación de si determinadas distinciones reglamentarias tienen una relación racional con un objetivo de política en el marco de la "prueba de adaptación" es pertinente para la evaluación de si una medida discriminatoria constituye una "discriminación arbitrari[a] o injustificable" en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. Habida cuenta de que la medida sobre el atún de 2016 restringe la pesca no solo en sus territorios nacionales, sino también en territorios extranjeros, el análisis debe ser riguroso.

¹ 295 palabras (en el original en inglés).

ANEXO D

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO

Índice		Página
Anexo D-1	Resolución de procedimiento de 20 de diciembre de 2017 relativa a la solicitud del Japón de una prórroga del plazo para la presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes	38

ANEXO D-1**RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017**

1. El 5 de diciembre de 2017, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en la presente apelación informó a los participantes y a los terceros participantes del plan de trabajo para la apelación. Según el plan de trabajo, las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes debían presentarse el miércoles 3 de enero de 2018.

2. El 19 de diciembre de 2017, el Órgano de Apelación recibió una comunicación del Japón en la que solicitaba una prórroga del plazo para la presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes debido al cierre de fin de año tanto de la Secretaría de la OMC como de las oficinas gubernamentales del Japón. En su carta, el Japón solicitó que la Sección le permitiera presentar la comunicación y el resumen en calidad de tercero participante por correo electrónico el jueves 28 de diciembre de 2017 y entregar dichos documentos en formato impreso el jueves 4 de enero de 2018. El Japón señaló en su carta que no consideraba que esta solicitud fuera a demorar indebidamente este procedimiento de apelación ni a dar por resultado una falta manifiesta de equidad.

3. Ese mismo día, en nombre de la Sección que entiende en esta apelación, invité a México, a los Estados Unidos y al resto de los terceros participantes a que formularan observaciones, si lo deseaban, sobre la solicitud del Japón a más tardar a mediodía del 20 de diciembre de 2017. Se recibieron observaciones de México el 20 de diciembre de 2017. México no se oponía a la solicitud del Japón, siempre que no causara demoras indebidas en el procedimiento. Ni los Estados Unidos ni otros terceros participantes formularon observaciones sobre la solicitud del Japón.

4. La Sección considera que las razones expuestas por el Japón, así como las observaciones de México, son pertinentes para su evaluación de la solicitud del Japón. La Sección también tiene en cuenta el hecho de que ninguno de los participantes ni otros terceros participantes se han opuesto a la solicitud de modificación del plazo para la presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes. La Sección es consciente de las consecuencias logísticas y administrativas de tener que presentar documentos inmediatamente después de la reapertura de la Secretaría de la OMC y de determinadas oficinas gubernamentales tras el cierre de fin de año y está dispuesta a minimizar cualesquiera inconvenientes que se deriven de ello.

5. Teniendo en cuenta todo lo anterior, y de conformidad con la Regla 6 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, en nombre de la Sección que entiende en esta apelación, informo a los terceros participantes de que el plazo para la presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes, tanto en formato impreso como en copia electrónica, se ha modificado y ahora es el jueves 4 de enero de 2018, a más tardar a las 17 h, hora de Ginebra.

ANEXO E

COMUNICACIÓN DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Índice		Página
Anexo E-1	Comunicación de 29 de enero de 2018 dirigida por el Presidente del Órgano de Apelación al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias	40

ANEXO E-1**COMUNICACIÓN DEL ÓRGANO DE APELACIÓN***

Le dirijo la presente comunicación de conformidad con el párrafo 5 del artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), que estipula que, por regla general, el Órgano de Apelación distribuirá su informe en un plazo que no excederá de 60 días contados a partir de la fecha en que el apelante haya notificado formalmente al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) su decisión de apelar. Dicho párrafo dispone, además, que si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe dentro de los 60 días, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que estima que podrá presentarlo.

México notificó al OSD el 1º de diciembre de 2017 su decisión de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en los informes de los Grupos Especiales e interpretaciones jurídicas formuladas por los Grupos Especiales en estos asuntos, por lo que el plazo de 60 días expira el martes 30 de enero de 2018. Teniendo en cuenta el tiempo que se necesita para conocer de esta apelación y decidir sobre ella, el Órgano de Apelación no puede distribuir su informe para esa fecha.

El Órgano de Apelación hace frente a una carga de trabajo en considerable aumento en 2018, dado que hay varios procedimientos de apelación paralelos y que la superposición en la composición de las Secciones que entienden en las distintas apelaciones es cada vez mayor a causa de las actuales vacantes en el Órgano de Apelación. Debido a las dificultades de programación que se derivan de estas circunstancias, al número y la complejidad de las cuestiones planteadas en este procedimiento de apelación y en otros concurrentes, junto con la carga de trabajo que estas apelaciones concurrentes imponen a los servicios de traducción de la Secretaría de la OMC, y a la falta de personal en la Secretaría del Órgano de Apelación, el Órgano de Apelación no podrá distribuir su informe en esta diferencia dentro del plazo de 90 días previsto en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD.

La fecha de distribución del informe del Órgano de Apelación en esta apelación se comunicará a los participantes y terceros participantes después de la audiencia.

* Esta notificación, de 29 de enero de 2018, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS381/46.